

Des apports effectués aux sociétés à responsabilité limitée

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 9 Mars 1937

PAR

Emile BEAUVOIS

JURY DE LA THÈSE

Président : M. Georges RIPERT, professeur

Suffragants { *MM. Maurice PICARD, professeur*
ESCARRA, professeur

LYON

BOSC Frères M. & L. RIOU

IMPRIMEURS-ÉDITEURS

42, Quai Gailleton, 42

—
1937

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.*

Des apports effectués aux sociétés à responsabilité limitée

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 9 Mars 1937

PAR

Emile BEAUVOIS

JURY DE LA THÈSE

Président : M. Georges RIPERT, professeur

Suffragants { *MM. Maurice PICARD, professeur*
ESCARRA, professeur

LYON

BOSC Frères M. & L. RIOU

IMPRIMEURS-ÉDITEURS

42, Quai Gailleton, 42

1937



Des apports effectués aux sociétés à responsabilité limitée

INTRODUCTION

Le sujet de la présente étude est consacré aux apports effectués aux sociétés à responsabilité limitée ; nature des biens qui peuvent être apportés, qualités que doivent avoir ces biens, sanctions des vices généraux et spéciaux à cette forme de société pouvant affecter les apports.

Avant d'entreprendre cette étude il nous a paru bon de rappeler quelques notions générales concernant les apports effectués à toute société.

Cette étude fera l'objet d'un chapitre préliminaire. En l'absence de toute étude méthodique de cette matière dans la doctrine, nous avons suivi, pour l'exposé des règles propres aux apports effectués à une société, le plan de l'étude de l'objet de la vente et des obligations incombant au vendeur faite au tome X du *Traité pratique de Droit civil français* de MM. Planiol et Ripert. Il existe, en effet, entre l'apport et la vente, maintes ressemblances qu'il nous a paru intéressant de mettre en relief.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

CHAPITRE PRELIMINAIRE

REGLES COMMUNES A TOUS LES APPORTS EN SOCIETE

SECTION I

CARACTERES DISTINCTIFS ET FORMATION DU CONTRAT D'APPORT

I. — Le contrat d'apport à une société ne se présente pas toujours isolément ; il est, en matière de sociétés de personnes tout au moins, chaque fois que l'apport est fait à une société en constitution, confondu, englobé, dans une convention plus large, la convention de société. Bien que ne se présentant pas toujours d'une façon distincte, il convient cependant de le séparer du reste de la convention sociale, séparation légitime d'ailleurs, puisque chaque fois que l'apport est fait au cours de la société, la convention d'apport se présente effectivement d'une façon distincte.

Le contrat d'apport est celui par lequel une première personne transfère quelque chose à une personne morale, la société, tandis que cette dernière remet, en contre-partie à l'emprunteur, un droit social, droit qui lui donnera une vocation éventuelle aux bénéfices et à l'actif de liquidation de la société.

La chose transférée peut être, en règle générale, aux termes de l'article 1833 du Code civil de l'argent, ou d'autres biens, ou l'industrie de l'apporteur.

La convention d'apport se forme, nous venons de le dire, entre une personne physique ou morale, l'apporteur, et une personne morale, la société ; mais cette convention a ceci de particulier que, dans le cas tout au moins où l'apport est fait à la constitution de la société, cette personne morale n'est créée que par le fait même de la réunion des apports de chacun des associés ; de telle sorte que si les parties à la convention d'apport sont la société et l'apporteur, le contrat n'est passé qu'entre les divers apporteurs mettant en commun leur chose et agissant les uns à l'égard des autres pour la société comme par une stipulation pour autrui.

II. — DISTINCTION DU CONTRAT D'APPORT ET DE CERTAINES AUTRES CONVENTIONS.

La convention d'apport à une société, selon que la chose apportée consiste en un bien corporel ou en certains droits incorporels : droit au bail, droit d'usage, apport d'usufruit, se rapproche de certaines autres conventions telles que la vente ou le louage ; elle s'en distingue toutefois par le fait que, à l'opposé de ces conventions, la contreprestation fournie n'est pas un prix ou une quantité déterminée de certains produits (comme dans les baux à ferme payables en marchandises, par exemple), mais un droit dans des bénéfices et dans un actif de liquidation dont le montant est indéterminé et éventuel.

Pourtant, l'apport est souvent mêlé à une vente. Il en sera notamment ainsi chaque fois qu'un bien sera apporté contre remise de droits sociaux pour partie et d'un prix ou de l'obligation d'acquitter un passif, pour le surplus.

La vente d'un bien ne peut être effectuée à une société non encore constituée, la société ne pouvant contracter et acquérir qu'après sa constitution et par l'intermédiaire de ses représentants ⁽¹⁾. Il en est de même théoriquement lorsque la vente est seulement partielle et qu'une partie de la valeur du bien apporté est rémunérée par des droits sociaux. En raison des inconvénients pratiques qui résulteraient de la non-admission de cette convention, la doctrine en admet généralement la validité ⁽²⁾. On peut la justifier en disant que la vente est acceptée par les coassociés de l'apporteur se portant fort de l'acceptation de la société.

III. — LA CONVENTION D'APPORT, CONTRAT TRANS-LATIF DE PROPRIÉTÉ.

Comme la vente moderne, l'apport d'un corps certain, meuble ou immeuble, à une société, opère transfert de la propriété par la simple conclusion de l'accord.

Pourtant, pas plus que pour la vente, le transfert immédiat de propriété n'est de l'essence de la con-

(1) HOUPIN et BOSVIEUX : *Traité général théorique et pratique des Sociétés Civiles et Commerciales*, 7^e éd., n° 714, note 1.

(2) HOUPIN et BOSVIEUX, n° 693.

vention d'apport : certains apports portant, cependant, sur des biens corporels, peuvent ne pas opérer le transfert de la propriété : il en est notamment ainsi :

1° Lorsque les parties conviennent de retarder ce transfert ;

2° Dans le cas où l'apport porte sur des choses non encore individualisées, choses de genre, choses en cours de fabrication.

SECTION II

DE L'OBJET DE LA CONVENTION D'APPORT

Nous avons déjà vu qu'en règle générale la chose apportée, objet de la convention d'apport, peut être de l'argent, ou d'autres biens, ou l'industrie de l'apporteur.

Nous laisserons de côté les apports d'argent et ceux d'industrie pour n'exposer que les règles régissant les apports que nous qualifierons plus loin d'apports en nature.

I. — Pour pouvoir faire l'objet d'un apport, en société, la chose doit : 1° exister, au moins éventuellement ; 2° être dans le commerce ; 3° et, en règle générale, être la propriété de l'apporteur.

a) EXISTENCE DE LA CHOSE APPORTÉE. INEXISTENCE OU PERTE TOTALE. — Si la chose n'existe pas ou qu'elle ait subi une détérioration, on doit appliquer, par analogie et parce que d'ailleurs cet article ne constitue qu'une application spéciale d'une règle générale du

droit commun des conventions au contrat d'apport, l'article 1601 du Code civil relatif à la vente, et déclarer l'apport nul faute d'objet.

La nullité a pour conséquence le retrait des droits sociaux de l'apporteur.

Pourtant, en matière de vente, la doctrine n'admet le droit de demander la répétition du prix que s'il est établi qu'au moment de la conclusion du contrat l'acheteur ne connaissait pas l'inexistence ou la perte de la chose ⁽³⁾, doit-on en décider de même en matière de société ? Cela nous paraît certain, seulement, les droits sociaux conférés au prétendu apporteur et conservés par lui ne seront pas alors des parts d'intérêts ou des actions ; leur caractère juridique se modifiera et ces droits devront être considérés comme des parts bénéficiaires ou parts de fondateur.

Fictivité. — A l'inexistence doit être assimilée la fictivité de l'apport. Un apport est fictif lorsqu'il ne possède aucune valeur susceptible d'accroître le fonds social et de couvrir les risques de perte afférents à toute entreprise ⁽⁴⁾.

Perte partielle. — Aux termes de l'article 1601, alinéa 2, du Code civil : « Si une partie seulement de la chose est périée, il est au choix de l'acquéreur d'abandonner la vente ou de demander la partie conservée, en faisant déterminer le prix par ventilation ».

Ces solutions doivent être étendues sous la réserve signalée ci-dessus, à l'apport d'un bien à une société ;

(3) PLANIOL et RIPERT : *Traité pratique de Droit Civil Français*, t. 10, n° 29.

(4) THALLER et PIC : *Des Sociétés Commerciales*, 41.

par conséquent, en cas de perte partielle, la société pourra soit demander la nullité de l'apport et annuler les droits sociaux remis à l'apporteur, soit demander la partie conservée, à charge de réduire proportionnellement les droits sociaux conférés à l'apporteur.

Choses futures. — Les choses futures peuvent, en règle générale, faire l'objet d'un apport à une société. Toutefois, à l'apport en société s'appliquerait la prohibition de l'article 1130 du Code civil relative aux conventions sur successions futures.

b) ALIÉNABILITÉ DE LA CHOSE. — A l'apport en société doit s'appliquer l'article 1598 du Code civil, aux termes duquel « tout ce qui est dans le commerce peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation ».

Nous rappellerons seulement que la mise hors commerce peut résulter de la volonté de l'homme, de la loi ou de la nature des choses.

c) APPORT DE LA CHOSE D'AUTRUI. — L'article 1599 énonce la nullité de la vente de la chose d'autrui. Cette nullité est liée à l'impossibilité du transfert de la propriété qui accompagne généralement la conclusion du contrat de vente ; les mêmes motifs se retrouvent pour le contrat d'apport ; il est donc logique d'étendre à cette convention les solutions applicables à la vente de la chose d'autrui.

Conditions pour qu'il y ait nullité. — Elles sont au nombre de trois :

1° Il faut que l'apport porte sur la chose d'autrui : ce n'est pas le cas de la chose sur laquelle l'apporteur

possède un droit conditionnel ; par contre, apportent la chose d'autrui : le mari faisant apport d'un bien propre de sa femme, sans le concours de celle-ci, le tuteur apportant le bien du pupille en négligeant l'observation des formalités requises ;

2° Il faut que l'apport opère transfert immédiat de la propriété ;

3° *Il faut que l'apport fasse courir à la société un danger d'expropriation contre lequel il convient de la protéger.*

La société ne courrait aucun danger si le bien apporté était un meuble dont l'acquisition serait protégée par l'article 2279 ou si la prescription acquisitive a fonctionné à son profit.

Caractéristique de la nullité de l'apport d'un bien appartenant à autrui

Conformément aux prescriptions de l'article 1599 l'apport du bien d'autrui sera nul, mais, suivant le système adopté par la jurisprudence, la nullité qui résultera de cet apport sera seulement relative et destinée à protéger la société en lui permettant d'agir sans attendre l'éviction ; cette nullité se prescrira par dix ans à partir du jour où la société a su que la chose n'appartenait pas à l'apporteur ; à l'expiration de ce délai, la société pourrait seulement agir contre l'apporteur par l'action en garantie s'il était menacé d'éviction.

II. — EFFETS SUR LA SOCIÉTÉ DE LA NULLITÉ DE LA CONVENTION D'APPORT

Nous venons de voir que, comme en matière de vente, la société pouvait, lorsque l'apport de l'un des associé était inexistant, perdu, fictif, ou encore lorsqu'il n'appartenait pas à l'apporteur, faire prononcer la nullité de la convention et reprendre ainsi les droits sociaux qui avaient été conférés à l'apporteur.

Cette nullité de l'apport fait évidemment sortir de la société l'associé dont l'apport entier a été annulé. A-t-il, en outre, une répercussion sur l'existence même de la société ? Les auteurs qui ont examiné la question concluent généralement à la nullité de la société pour absence d'objet. Il est vrai que la plupart des auteurs envisagent l'apport, le bien apporté, comme l'objet, non du contrat d'apport qu'ils n'examinent pas, mais du contrat de société. Cela est faux à notre avis : l'objet de la convention sociale intervenant entre les diverses personnes voulant s'associer est *la mise en commun* (il faut appuyer sur ces trois mots) de biens et d'industrie et non ces biens et cette industrie par eux-mêmes.

Ceci étant, si un des biens mis en commun se révèle comme n'ayant aucune valeur, après annulation de la convention d'apport, l'associé est mis hors société ; mais rien n'interdit à la société de subsister entre les autres associés entre lesquels la convention reste pleinement valable.

Toutefois, si « l'apport inexistant (ou appartenant à autrui) est tellement important à l'exploitation de

la société... qu'il apparaisse comme un élément essentiel pour la constitution de la société » ⁽⁵⁾, la convention sociale elle-même sera nulle, seulement cette convention sera nulle non pour absence d'objet, mais pour absence de cause ; la cause de la convention sociale est le désir de réaliser des bénéfices par l'exploitation des bien sociaux, désir qui ne saurait exister en l'absence de certains apports essentiels.

Nous arrivons donc aux conclusions de M. Hémard, auteur auquel nous nous référerons souvent par la suite ⁽⁶⁾.

SECTION III

OBLIGATIONS DE L'APPORTEUR

I. — OBLIGATION DE LA DÉLIVRANCE

Bien que cela ne soit inscrit dans aucun texte, l'apporteur doit évidemment délivrer l'objet de son apport, mais la simple convention d'apport opérant en règle générale et tout au moins en ce qui concerne les apports de biens corporels, transfert de la propriété,

(5) HÉMARD : *Théorie et Pratique des nullités de Sociétés et des Sociétés de Fait*, 34.

(6) A signaler toutefois que dans les sociétés comme dans les sociétés à responsabilité limitée, ou les sociétés par actions qui ne peuvent être constituées qu'autant que le capital est entièrement souscrit, la nullité d'un apport particulier entraînera la nullité de la société (non de la convention sociale, nous verrons plus tard l'importance que l'on doit attacher à cette distinction) et ne laissera subsister entre les autres associés qu'une société de fait.

ce serait, dans ce cas, à la société qu'incomberait l'obligation de prouver le défaut de délivrance.

a) *Inexécution indépendante du fait de l'apporteur.* — La société étant propriétaire dès la conclusion de la convention d'apport, si l'impossibilité d'effectuer la délivrance incombe à la force majeure, subira la perte de la chose apportée et devra délivrer à l'apporteur les droits sociaux sans que l'apporteur soit tenu de délivrer la chose.

b) *Si l'inexécution est due au fait de l'apporteur,* la société pourra opter entre l'exigence de l'accomplissement de son obligation de délivrance par l'apporteur ou la résolution du contrat. Il en sera de même, quelle que soit la raison qui vient empêcher la délivrance dans le cas où l'apport n'effectuait pas, par sa seule conclusion, transfert de la propriété ; en effet, les risques de la chose incombent alors jusqu'à la délivrance, opérant transfert de la propriété, à l'apporteur.

c) *Etendue de l'obligation de délivrance.* — En appliquant au contrat d'apport les articles 1614 et 1615 du Code civil, on peut admettre que l'apporteur est tenu de délivrer la chose en l'état où elle se trouve au jour de la convention avec les fruits produits depuis l'apport ou la date prévue pour l'entrée en jouissance et les accessoires.

II. — GARANTIE D'ÉVICTION

Aux termes de l'article 1845, alinéa 2, du Code civil, lorsque l'apport consiste en un corps certain,

et que la société en est évincée, l'associé est garant envers la société de la même manière qu'un vendeur l'est envers son acheteur.

De ce que cet article ne prévoit que l'éviction par un tiers on ne saurait déduire que l'apporteur n'est point garant de son fait personnel, cette obligation de garantie découlant de l'alinéa 3, de l'article 1134 imposant l'exécution de bonne foi des obligations. L'obligation de garantie du trouble résultant du fait personnel aura une importance particulière en matière d'apport de fonds de commerce : l'apporteur sera tenu, grâce à elle, de s'abstenir de toute concurrence susceptible de détourner la clientèle dont il a fait apport.

En ce qui concerne l'éviction par un tiers, le Code civil distingue trois sortes d'évictions : éviction totale, éviction partielle, découverte de charges.

Pour chacune de ces évictions, la garantie ne joue que si le trouble résulte d'un droit invoqué en justice par un tiers et si le droit invoqué tire son origine d'un fait antérieur à l'apport ; en matière de charges, il faut, en outre, qu'il s'agisse de charges inconnues de l'acheteur au moment de l'acquisition.

Une fois l'éviction consommée, l'apporteur est tenu de réparer le dommage causé ; mais le système de réparation construit par les articles 1626 et suivants du Code civil en matière de vente est très particulier ; ce régime diffère selon que l'éviction est totale ou partielle ; à l'éviction partielle on doit assimiler, au point de vue de la réparation, l'éviction en suite de découverte de charges.

a) *Voici quel est le système du Code civil relatif à la vente :*

EVICITION TOTALE. — En cas d'éviction totale, le vendeur est tenu, en tous cas, à la restitution intégrale du prix ; il est, en outre, tenu des dommages-intérêts, quelle que soit sa bonne foi, à la seule condition que l'acheteur ne soit pas lui-même de mauvaise foi ; enfin, et à la même condition, le vendeur doit indemniser l'acheteur des frais du contrat supportés par lui, des frais du procès, des fruits que l'acheteur a pu être obligé de rendre aux tiers et de la plus-value que le bien avait pu acquérir.

L'acquéreur peut également exiger, si le vendeur est de mauvaise foi, le remboursement de toutes les impenses faites sur le bien : nécessaires, utiles ou voluptuaires, peu importe ; si le vendeur est de bonne foi, les impenses nécessaires ou utiles.

EVICITION PARTIELLE. — Il faut, dans ce cas, distinguer deux hypothèses :

1° *Résiliation de la vente :* Cette résiliation n'est possible que si la partie de la chose dont l'acquéreur est évincé est de telle conséquence, relativement au tout, que l'acquéreur n'eût point acheté sans la partie dont il est évincé.

2° *Maintien de la vente :* Si l'éviction ne remplit pas les conditions qui précèdent ou si l'acheteur ne demande pas la résiliation de la vente, le vendeur devra une réparation qui sera calculée d'après la diminution de valeur de la chose au jour où s'est produite l'éviction.

b) *Application à la convention de société
des règles de la garantie d'éviction*

La doctrine qui n'envisage pas le contrat d'apport en dehors du contrat de société, a été fort embarrassée quand, voulant tirer les déductions de l'article 1845, elle a voulu appliquer à la convention sociale les règles de fonctionnement de la garantie d'éviction.

Les règles d'éviction totale lui ont paru, en effet, bien dures : en effet, l'éviction totale d'un des apports devrait entraîner la résiliation de la convention, donc, suivant l'avis de la doctrine, la résiliation de la société.

Pour éviter ces conséquences, et malgré l'article 1845, on décide, sous le prétexte que l'éviction ne peut jamais être que partielle pour la société, que seules les règles d'éviction partielle peuvent s'appliquer et que, par conséquent, la résiliation de la convention sociale ne pourra suivre l'éviction que si l'apport dont la société est évincée est de telle importance que la société ne se serait pas formée sans cet apport (7).

Ce système est insoutenable : l'article 1845 dit : « l'associé est garant envers la société de la même manière qu'un vendeur l'est envers son acheteur ».

Si l'acquéreur est complètement évincé du bien, le vendeur doit réparation selon les règles de l'éviction totale : si, au lieu de vente, il y a apport, ce seraient les règles d'éviction partielle qui joueraient ? singulière façon de considérer l'associé garant envers la société de la même manière qu'un vendeur l'est envers son acheteur.

(7) THALLER et PIC, 29.

A notre avis, la seule façon satisfaisante d'appliquer l'article 1845 est de considérer les effets de l'éviction sur la seule convention d'apport. Cette façon de voir, outre qu'elle satisfait à la logique, a l'avantage de donner des résultats pleinement admissibles au point de vue de l'existence de la société.

1^o *Eviction totale* : Si la société est totalement évincée du bien apporté par un associé, l'apporteur sera tenu à restitution de la contre-partie (l'équivalent du prix pour le vendeur), à savoir ses droits sociaux. Il devra, en outre, indemniser la société selon les règles vues au sujet de la vente.

2^o *Eviction partielle* : Si la société n'est que partiellement évincée de l'apport fait par un des associés ou si elle doit exécuter des charges dont a été grevé le bien et qui ont été découvertes après l'apport ; si, encore, l'apporteur a, par une clause du contrat, en s'engageant, par exemple, à rapporter main levée des inscriptions, étendu sa garantie à des charges connues au moment de l'apport, l'annulation de l'apport entraînant restitution des droits sociaux ne pourra être demandée par la société que dans le cas où l'éviction revêt une importance suffisante pour que l'on puisse penser que l'apport n'aurait pas été accepté sans la partie dont la société a été évincée.

Dans le cas contraire, la société aura seulement droit à des dommages-intérêts calculés suivant estimation à l'époque de l'éviction (art. 1637) (8).

(8) On peut se demander à ce propos où M. Pic (THALLER et PIC, n^o 30) va chercher qu'il y aura lieu de déterminer la valeur qu'avait le bien évincé au moment de la formation de la société ?

Cette fantaisie est d'autant plus grave que l'auteur se réfère expressément à l'esprit de l'article 1637.

Ces règles fort simples exposées, reste à examiner quel sera l'effet de l'éviction sur la convention sociale proprement dite. La réponse a déjà été faite à propos des effets de la nullité des conventions d'apport : si l'éviction est totale, ou si, en cas d'éviction partielle, l'apport est annulé, la société subsistera entre les autres associés. Il n'en serait autrement (et nous revenons ainsi logiquement aux solutions injustifiables, par son système, mais imposées par les nécessités pratiques à M. Pic) que si l'apport dont la société a été évincée présentait une importance telle qu'il apparaisse comme un élément essentiel pour la constitution de la société. Cet apport étant nécessaire à la réalisation des bénéfices, cause de l'engagement de chaque associé, la convention sociale serait, ensuite de sa disparition, dépourvue de cause.

III. — GARANTIE DES VICES CACHÉS

En dehors de la garantie d'éviction, l'acheteur dispose de la garantie de vices cachés de la chose achetée. Cette garantie dérogatoire, au droit commun des contrats, ne semble pas, en l'absence d'une disposition analogue à celle de l'article 1845, être applicable dans les rapports de l'apporteur et de la société.

En cas de découverte de vice caché, la société ne pourra donc invoquer que la nullité de l'apport pour erreur, si le vice porte sur une qualité de la chose qu'elle avait particulièrement en vue lors de l'apport.

Nous renvoyons aux ouvrages généraux pour l'étude de cette cause de nullité.

129

Nous ne pousserons pas davantage notre exposé préliminaire de la convention d'apport à une société, et allons maintenant aborder l'étude proprement dite des apports effectués à une société à responsabilité limitée.

CHAPITRE PREMIER

LES APPORTS EN NUMERAIRE

Il semble inutile de préciser ce que l'on doit entendre par apport en numéraire : les apports en numéraire sont ceux qui sont libérés en espèces.

Nous verrons toutefois dans la deuxième section de ce chapitre qu'il ne faut pas envisager d'une manière trop étroite ce mode de libération et que de nombreux autres modes que le versement d'espèces permettent de considérer l'associé qui en use comme un apporteur en numéraire.

Dans une première section, nous étudierons le principe de la libération immédiate des apports en numéraire et essayerons d'en justifier l'exigence.

Dans une seconde section, nous exposerons les diverses modalités de libération des apports en numéraire.

Enfin, en appendice, nous mentionnerons l'interdiction qui est faite aux sociétés à responsabilité limitée d'ouvrir une souscription publique.

SECTION I

PRINCIPE DE LA LIBERATION IMMEDIATE DES APPORTS EN NUMERAIRE

I. — HISTORIQUE DE L'INSCRIPTION DE CE PRINCIPE DANS LA LOI DU 7 MARS 1925.

Le premier alinéa de l'article 7 de la loi du 7 mars 1925 impose la libération intégrale des parts souscrites en numéraire.

Cette solution a été adoptée sous l'influence du rapport présenté au nom de la Commission de la Chambre des députés, en accord sur ce point avec la Société d'Etudes législatives.

D'après le projet gouvernemental, les parts souscrites en espèces pouvaient n'être libérées que de moitié à la constitution de la société ; il y avait donc là une disposition semblable à celle de l'article premier de la loi du 24 juillet 1867, subordonnant la constitution définitive au versement en espèces, par chaque actionnaire, du quart des actions souscrites, lorsque ces actions sont de cent francs au moins. Là s'arrêtait, d'ailleurs, toute similitude et, pour garantir aux créanciers sociaux la libération intégrale des parts, le projet, abandonnant le système de l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867 décidait, dans son article 7, que les associés seraient tous tenus solidairement d'opérer les versements complémentaires.

Cette conception devait soulever de vives criti-

ques ⁽¹⁾ et il faut reconnaître que, sous prétexte de donner aux créanciers plus de garantie en cas de faillite, cette disposition faisait aux associés un risque tel que, du même coup s'évanouissait le principal avantage de l'institution nouvelle. Il suffit pour se rendre compte de cet inconvénient d'envisager le cas d'un patron désireux de limiter ses risques et qui, dans ce but, constitue avec deux de ses employés une société à responsabilité limitée pour l'exploitation de son industrie. Cette société constituée, par exemple, avec un capital de 1.000.000 de francs, souscrit à concurrence de 950.000 francs par le patron ; de 50.000 francs par les deux employés, tombant en faillite et le patron étant insolvable, les deux employés auraient été rendus solidairement responsables de la somme non versée par le patron, soit 475.000 francs, indépendamment de leur propre souscription. (Pic et Baratin, des sociétés à responsabilité limitée, deuxième édition, N° 179).

Le projet gouvernemental, en instituant cette responsabilité des associés suivait, en l'aggravant, l'exemple de la loi allemande du 29 avril 1892 : comme cette dernière, il instituait une obligation commune à la charge des associés ; mais, alors que dans la loi allemande, cette obligation est proportionnelle à la part sociale de chaque associé, le projet français mettait à la charge de tous les associés une obligation solidaire.

(1) Voir notamment : Rapport sur les sociétés à responsabilité limitée, présenté par M. le Président Troullier au Congrès des Tribunaux de Commerce de France (R. S., 1922, p. 500).

Rapport fait au nom de la Commission du Commerce et de l'Industrie, par M. Anatole Manceau, Député.

Pour ne laisser à chacun que le poids de sa responsabilité propre, tout en garantissant les créanciers contre les risques de l'insolvabilité future des associés, il n'y avait qu'un moyen: adopter le principe de l'obligation de libération intégrale immédiate. C'est cette solution, préconisée par le rapport présenté par M. Manceau, au nom de la Commission du commerce et de l'industrie, qui fut adoptée.

Tout en estimant que c'était effectivement la solution la plus simple et la plus sage, il est permis de regretter que le législateur ait également suivi cette proposition pour modifier le texte du projet. La proposition du rapporteur a abouti, en effet, à laisser subsister un alinéa de l'article 7 qui prévoyait dans le texte primitif la libération intégrale des apports en nature, et qui est dénué de tout objet puisque l'obligation de libération intégrale est de règle quel que soit l'apport qui ait été effectué.

II. — EXAMEN DES CRITIQUES FORMULÉES A L'ENCONTRE DE L'OBLIGATION DE LIBÉRATION INTÉGRALE DES APPORTS DE NUMÉRAIRE.

On a taxé cette obligation de libération intégrale d'imprévoyance, ce qui est pour le moins audacieux. Il semble qu'être prévoyant, cela consiste beaucoup plus à demander aux associés le versement immédiat du fonds de roulement nécessaire et d'informer loyalement les personnes avec lesquelles la société sera appelée à traiter, du montant de ces versements, que de fixer un chiffre de capital numéraire partiellement

libéré, correspondant à des besoins futurs simplement escomptés, dont l'utilité principale sera de permettre l'affichage d'un capital qui, peut-être, ne pourra jamais être réalisé.

N'est-il pas probable que, sans cette disposition, la nouvelle forme de sociétés n'aurait pu traverser l'épreuve de la crise économique ; combien aurait-on vu de sociétés ne pouvoir remplir leurs engagements tout en ayant une forte créance sur leurs membres incapables d'effectuer le versement complémentaire auquel ils s'étaient obligés avec d'autant plus de facilité qu'il s'agissait d'une promesse dont la réalisation semblait subordonnée à une extension des besoins sociaux due à l'extension parallèle des affaires traitées.

On a dit que des sociétés pouvaient avoir, un jour, besoin de capitaux importants pour mener à bonne fin leur entreprise, et que les augmentations de capital seraient à la merci du refus d'un peu plus du quart des actionnaires. C'est là une imperfection qui peut être regrettée dans certains cas particuliers, mais remarquons qu'en règle générale, quand le besoin de capitaux nouveaux est causé par le développement normal de l'affaire, les fonds nécessaires à l'augmentation se trouvent aisément. Dans les sociétés par actions, même en la période actuelle d'argent rare, les augmentations de capital des affaires saines sont toujours couvertes par les actionnaires anciens exerçant leur droit de préférence, et il est excessivement rare que les demandes réductibles puissent être satisfaites pleinement.

N'est-ce pas une bonne chose que des entraves soient apportées à des appels de fonds qui n'ont d'autre motif que de procurer des disponibilités nouvelles à des sociétés à bout de souffle

A ces remarques on doit ajouter qu'en fait, les sociétés à responsabilité limitée sont restées, sinon les sociétés de famille que semble toujours avoir eu en vue le législateur, du moins des sociétés fermées constituées entre personnes se connaissant ; en cet état, les fonds nécessaires au développement de l'affaire sont toujours aisément trouvés : les associés en font le prêt à la société qui les inscrit au crédit d'un compte ouvert au prêteur et leur sert un intérêt fixe. Ces prêts sont convertis en parts de capital lorsque leur montant a atteint un certain chiffre et que cela est nécessité par les besoins immuables de la société.

On se demande donc quel aurait été l'avantage de se conformer aux recommandations de M. Bourcart ⁽²⁾ en accordant aux sociétés le droit d'exiger de leurs membres des versements supplémentaires (combinaison imitée de l'institution allemande des Nachschüsse).

(2) *J. S.*, 1920, p. 394, à la suite de l'avis de la Chambre de Commerce de Strasbourg concernant le projet de loi sur les sociétés à responsabilité limitée.

SECTION II

MODALITES DE VERSEMENT DES APPORTS EN NUMERAIRE

A la différence de la loi du 24 juillet 1867, telle qu'elle a été modifiée par l'article premier de la loi du 1^{er} août 1893, la loi du 7 mars 1925 ne prescrit pas que la libération des parts souscrites en numéraire doit avoir lieu en espèces. Le projet gouvernemental décidait bien que « les sociétés à responsabilité limitée ne peuvent être définitivement constituées qu'après que toutes les parts ont été réparties entre les associés dans l'acte de société et *qu'elles sont libérées en espèces de moitié au moins...* », mais, les mots : « en espèces » ont disparu, probablement par inadvertance, du texte définitif en même temps que la faculté de libération de moitié.

Est-ce à dire que l'on doive, pour la détermination du mode de versement des apports en espèces, se reporter aux règles que la jurisprudence avait dégagées avant que la loi du 1^{er} août 1893 vint modifier sur ce point celle du 24 juillet 1867 ? Il ne paraît point (3).

L'intérêt de la distinction entre apports en espèces et apports en nature est moindre dans les sociétés à responsabilité limitée que dans les sociétés par actions :

(3) Voir en ce sens Tribunal de Commerce de Marseille, 10 janvier 1933. *Rec. Mars.*, 1933, I, 206 : Ayant déclaré nulle la S. A. R. L. dans laquelle les apports n'ont pas été effectivement libérés en espèces à la constitution.

En sens inverse Tribunal de Roanne, 17 avril 1935.

dans ces dernières, il pouvait être intéressant avant la loi du 1^{er} août 1893 de soutenir qu'un apport en bons du Trésor à vue, par exemple, était un apport en numéraire. On évitait ainsi d'avoir à recourir à la procédure de vérification des apports en nature, longue et coûteuse, et, en l'espèce parfaitement inutile. Dans les sociétés à responsabilité limitée, au contraire, aucune mesure de vérification des apports n'étant prescrite, cet intérêt fait défaut.

A la procédure de vérification des apports en nature est substituée, pour la sauvegarde des tiers, une responsabilité solidaire des associés vis-à-vis de la valeur attribuée au moment de la constitution de la société aux apports en nature (article 8 de la loi).

Mais la nature des apports n'étant controversée que dans des cas où la valeur de ceux-ci est parfaitement déterminée, la responsabilité encourue de ce fait est des plus légères à supporter.

Il reste, toutefois, un intérêt, dans l'obligation de mentionner dans l'acte l'évaluation des apports en nature (art. 7) et l'obligation mentionnée dans l'article 14, prescrivant la mention dans l'extrait qui doit être publié dans le mois de la constitution de la société de la description sommaire et de l'estimation des apports en nature.

En nous basant sur les règles dégagées par la jurisprudence en matière de sociétés par actions après la loi de 1893, il faudra considérer comme apport non soumis aux obligations des articles 7 et 14 de la loi du 7 mars 1925, les apports en numéraire ou billets de banque.

Toutefois, il faudrait assimiler au paiement en espèces le virement de compte grâce auquel la Société se trouve avoir à sa disposition chez un banquier le montant des actions souscrites en numéraire (4).

Le versement nécessaire à la libération des parts souscrites en numéraire, ne pourrait être effectué par voie de compensation avec les sommes que les fondateurs se seraient engagés à payer, au nom de la société, aux souscripteurs ; car la société non constituée n'a pas de créanciers qui puissent lui opposer la compensation (5). Constituerait, par contre, une souscription en numéraire, celle qui, en cas d'augmentation de capital, serait libérée par virement au compte capital d'une somme prise dans le compte créditeur du souscripteur (6), encore faudrait-il toutefois que ce versement par compensation ne dissimule pas un apport en nature, présenté ainsi pour éviter la responsabilité de l'article 8 : il en serait ainsi, par exemple, dans le cas

(4) Toutefois, un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine (17 décembre 1926, *J. S.*, 1929, p. 378) spécifie que, pour que le virement en banque soit considéré comme équivalent à un versement en numéraire, il faut que la banque opérant ce virement soit réellement nantie, ce qui va de soi, et soit un établissement sérieux.

On ne voit pas par quel raisonnement juridique on peut faire dépendre la nature d'un apport de la solvabilité d'un tiers. Disons donc que, si les fonds sont régulièrement mis à la disposition de la société par la Banque, la souscription en espèces est régulière. Si, au contraire, la Banque dilapide les fonds avant constitution, il y a défaut de libération du capital et les conséquences qui en découlent.

(5) Voir HOUPIN et BOSVIEUX, 7^e éd., n° 669 et les décisions citées. Voir également Tribunal de Commerce de la Seine, 5 octobre 1931. *J. S.*, 1933, 216 et note BOSVIEUX.

(6) Mais la compensation ne saurait être effectuée avec le solde créditeur d'un compte courant véritable inscrit dans la comptabilité sociale au nom du nouvel associé, tant que ce compte ne serait pas arrêté (Cass. Ch. Civ., 17 décembre 1930. *J. S.*, 1931, 399 et commentaire P. CORDONNIER).

où une personne vendrait à une société des marchandises dont le prix serait tout d'abord inscrit au crédit de son compte, puis transformé en parts sociales représentatives d'une augmentation de capital soi-disant souscrites en espèces. Il semble bien que les associés devraient alors être responsables de la valeur de vente attribuée aux marchandises, tout au moins si la vente et sa transformation en apport étaient assez proches pour qu'on put considérer qu'elles ne forment qu'une seule et même opération (7).

Le versement en bons du Trésor payables à vue, chèques, effets de commerce et coupons échus, valeurs de bourse, etc..., alors même que leur remise en paiement auraient été autorisée par les statuts, constituerait un apport en nature ; toutefois, il y aurait évidemment, une souscription régulière en espèces si le montant de ces bons, chèques, effets..., était versé en espèces avant la constitution de la société.

Le versement exigé par la loi doit être réel et, par conséquent, procurer à la société, à titre définitif, et non provisoire et précaire, des ressources disponibles et immédiatement utilisables. L'appréciation de la fictivité des souscriptions, question de pur fait, appartient souverainement aux juges de fond. Citons, pour illustrer, ce que l'on peut entendre par apport fictif en matière d'apports en numéraire, le jugement de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation, déclarant

(7) Voir toutefois en sens inverse Tribunal de Commerce de Roanne, 17 avril 1935 précité, qui, à tort selon nous, a déclaré régulier l'apport espèces effectué par le fils d'un autre apporteur qui avait vendu des marchandises et affecté le prix de vente à la libération des parts souscrites par son fils.

fictif, en matière de société par actions, le versement fait au moyen d'un emprunt remboursable sur les rentrées d'un Syndicat formé pour la réalisation des titres. (Cass. Crim., 26 février 1913, R. S., 1913, 353. Voir également Seine, 13 octobre 1926, J. S., 1929, 572).

Mais la souscription ne saurait être déclarée fictive pour le seul fait que le souscripteur aurait dû contracter un emprunt pour effectuer le versement dès lors que cet emprunt est réel et sérieux ⁽⁸⁾. De même, le souscripteur pourrait valablement déléguer un de ses débiteurs au paiement de la somme qu'il doit verser, à la condition, toutefois, que ce débiteur s'acquitte effectivement avant la constitution définitive.

APPENDICE

INTERDICTION D'OUVRIR UNE SOUSCRIPTION PUBLIQUE

Le quatrième alinéa de l'article 4 de la loi du 7 mars 1925, interdit aux sociétés à responsabilité limitée d'émettre pour leur propre compte par souscription publique des valeurs mobilières quelconques. Témoignage caractéristique de la volonté du législateur de conserver à la société son caractère de société fermée. Par souscription publique, on doit entendre toute souscription qui aurait été provoquée par des sollici-

(8) Seine, 17 décembre 1926. J. S., 1929, 572.

tations qui n'auraient pas gardé un caractère absolument privé : tout envoi de lettres-circulaires, prospectus, toute réclame dans un journal, tout avis d'émission affiché en banque, donneraient à la souscription qui en résulterait un caractère public et rendraient les gérants passibles des peines portées à l'article 37 de la loi.

CHAPITRE II

LES APPORTS EN NATURE

On doit comprendre sous la qualification générique d'apports en nature, tout apport de biens corporels ou incorporels autres que l'argent. Il n'entre pas dans le cadre de cette étude d'établir la liste des biens susceptibles d'être apportés à une société ⁽¹⁾. Nous avons estimé préférable de rechercher une règle générale pour la détermination des catégories de biens qui peuvent faire l'objet d'un apport.

Cette recherche que nous entreprendrons en partant de l'étude de l'apport d'industrie fera l'objet de la première section de ce chapitre.

La deuxième section aura trait à l'étude de l'obligation de libération intégrale des apports en nature.

Enfin, dans une troisième section, qui servira de transition avec le chapitre suivant, nous étudierons l'obligation d'évaluer les apports en nature et la responsabilité que l'article 8 de la loi du 7 mars 1925 a mis à la charge des associés.

(1) Voir sur ce point AUGER et MICHEL, fasc. 10.

SECTION I

RECHERCHE D'UN CRITERIUM DE DETERMINATION DES BIENS QUI PEUVENT ETRE APPORTES A UNE SOCIETE A RESPONSABILITE LIMITEE.

Sans même parler à nouveau des biens qui ne peuvent, en règle générale, être apportés à une société ⁽²⁾ (biens en dehors du commerce par exemple) il apparaît que toutes sortes de biens ne peuvent faire l'objet d'un apport à une société à responsabilité limitée.

Nous allons essayer d'en déterminer la nature en partant de l'étude d'une première catégorie d'apports que la doctrine et la jurisprudence n'admettent généralement pas en matière de sociétés par actions ou de sociétés à responsabilité limitée : les apports en industrie.

I. — L'APPORT EN INDUSTRIE, NATURE, CARACTÉRISTIQUES.

L'apport en industrie est celui par lequel une personne promet à une Société de lui consacrer son activité et de lui en laisser le bénéfice. En contre-partie de cet apport, il est remis à la personne des droits sociaux qui peuvent être compris dans le capital de la société. L'apport en industrie s'accompagne généralement, d'une interdiction de consacrer une partie de son activité à d'autres objets, ou, tout au moins, à des

(2) Voir *supra*, pp. 10 et suivantes.

objets similaires. De droit commun, cet apport est licite : l'article 1833, paragraphe 2 du Code civil, dispose en effet que : « Chaque associé doit apporter ou de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie ». La presque unanimité des auteurs en conteste la validité dans une société à responsabilité limitée comme dans les sociétés par actions. Les arguments qui ont été développés à l'encontre de la validité sont les suivants :

L'apport en industrie ne correspond pas à une valeur tangible susceptible de figurer dans le capital social et d'être saisie par les créanciers.

L'apport en industrie n'est libéré qu'à l'expiration de la société.

Enfin, l'apport en industrie soustrait l'apporteur à toute contribution aux pertes.

II. — EXAMEN DES OBJECTIONS FAITES PAR LA DOCTRINE POUR JUSTIFIER L'INTERDICTION DE RÉMUNÉRER PAR DES PARTS DE CAPITAL UN APPORT EN INDUSTRIE FAIT A UNE SOCIÉTÉ A RESPONSABILITÉ LIMITÉE OU A UNE SOCIÉTÉ PAR ACTIONS ET CONCLUSION.

a) *Soustraction de l'apporteur à toute contribution aux pertes.*

La dernière objection que nous avons signalée ne résiste pas à un examen sérieux : par l'apport de son industrie à une société, l'associé effectue un véritable apport de jouissance : l'apporteur en industrie n'apporte pas son corps, il apporte le bénéfice qui doit

résulter de l'utilisation de son travail ou de ses qualités intellectuelles, c'est la valeur capitalisée de ces profits escomptés qui constitue la valeur de l'apport. Si ces profits ne se réalisent pas, l'apporteur aura perdu tout son apport ⁽³⁾.

b) L'objection tirée du fait qu'un apport en industrie n'est pas susceptible de libération immédiate semble péremptoire à la plupart des auteurs ⁽⁴⁾. Elle ne résiste pourtant pas non plus à un examen sérieux : Qu'est-ce qui, dans l'apport en industrie, constitue l'objet de l'apport et en détermine la valeur ? Est-ce le travail en lui-même ? Non, c'est la promesse de réserver ce travail à la société ainsi que le bénéfice devant résulter de ce travail. Quant à la valeur de l'apport, elle est théoriquement égale, nous l'avons vu plus haut, à la valeur actuelle capitalisée de ces profits. Cette valeur est immédiatement déterminée étant donné la durée de la société, les capacités et l'âge de la personne qui consent à apporter son industrie. L'apport est libéré dès que l'engagement est contracté ; prétendre le contraire conduit à prétendre que l'apport des éléments incorporels d'un fonds de commerce n'est libéré qu'à l'expiration de la société. Quand je rémunère l'apport que me fait M. Durand de son nom, est-ce que je rémunère le nom ? Le nom ne possède en

(3) Voir sur tout ce sujet René HAUTCŒUR : Les apports à prestations successives ou continues dans les sociétés. *Thèse*, Lille, 1928.

(4) PIC et BARATIN, 170 ; HOUPIIN et BOSVIEUX, 7^e éd., 689, LYON-CAEN et RENAULT, t. II, p. 560 ; LACOUR, 412 et 413 ; THALLER, n^o 640 ; contre René HAUTCŒUR ; voir également commentaires Lyon, 15 mars 1935 : *Recueil juridique des Sociétés*, 1935, p. 159 et suivantes.

lui-même aucune valeur. Sa valeur réside dans le fait qu'il est connu, et qu'en le mettant à ma devanture, je verrai venir plus de clients que si j'affichais un autre nom. Grâce à lui, je ferai la première année : 1.000 francs de bénéfices supplémentaires .. 1.000 francs
la deuxième année 800 francs
la troisième année 500 francs
la quatrième année 100 francs

La valeur de ce nom est la valeur actuelle de ce supplément de bénéfices que je n'aurai effectivement réalisé qu'à la fin de la quatrième année. Est-ce à dire que l'apport de M. Durand ne sera libéré qu'à la fin de ce délai ? Non, car si je ne tiens pas compte de l'escompte, le nom de Durand, ou plutôt le droit de se servir de ce nom vaut actuellement : $1.000 + 800 + 500 + 100$; et il le vaut pour toute personne.

La valeur de l'apport en industrie est peut-être plus difficile à déterminer, mais son origine est exactement la même, l'apport est donc intégralement libéré par le fait même de l'engagement.

c) Reste la dernière objection, tirée du fait que l'apport en industrie ne correspondrait pas à une valeur tangible, susceptible de figurer dans le capital social et d'être saisie par les créanciers, à laquelle s'attachent quelques auteurs et, parmi eux, MM. Houpin et Bosvieux. Comme les trois autres objections, elle a été réfutée par M. René Hautcœur dans la thèse qu'il a soutenue en 1926 devant la Faculté de Droit de Lille et auquel nous empruntons le passage suivant ⁽⁵⁾ :

(5) Voir René HAUTCŒUR, pages 117 et suivantes.

« Un bien insaisissable ne peut être mis en société.
« La valeur pécuniaire d'une chose ne suffit pas pour
« qu'elle puisse former le capital. Par définition même, le capital doit être réalisable, sinon comment
« serait-il le gage des créanciers, il manquerait à sa
« destination...

« En logique et en équité, il faut donc reconnaître
« aux créanciers sociaux un droit sur l'apport en industrie.

« Si l'on se réfère au contenu de l'engagement de
« l'apporteur, on pourrait être tenté de lui imposer
« l'obligation de terminer son contrat de travail jusqu'au terme statutaire et au profit des créanciers.
« Mais ce profit serait ainsi mal compris : la société
« étant généralement dissoute, la matière sur laquelle
« l'associé exercerait son activité ferait défaut.

« D'autre part, l'associé a entendu mettre son industrie comme élément de telle société en particulier. Le contrat de travail est reçu et apporté *intuitu personae*. On ne saurait obliger l'associé à travailler pour un autre organisme.

« On ne saurait soutenir davantage que les procédés ordinaires de réalisation du gage sont de mise dans cette hypothèse et qu'on peut vendre l'apport en travail comme une créance ordinaire. On retrouvera la même objection tirée de l'*intuitu personae*.
« De plus, obliger l'associé à travailler contre son gré pour un acquéreur du contrat apparaît comme contraire à la liberté individuelle.

« Suivant nous, la solution doit être cherchée dans

« la nature particulière de l'apport en travail et l'application des articles 1142 et 1148.

« Il existe, à la charge de l'associé, une obligation de faire non exécutée : il est de bonne ou de mauvaise foi, peu importe : il ne peut invoquer ni le cas fortuit, ni la force majeure. Par suite, si l'associé veut rompre son contrat de travail ou ne veut pas en accepter la cession, les créanciers exécuteront leur gage par équivalent : l'associé sera débiteur de dommages-intérêts représentant la valeur que son obligation offrait pour les créanciers.

« Quoique par équivalent, l'exécution n'en sera pas moins directe, les créanciers feront valoir par une action directe la créance que la Société avait contre l'associé.

« Quant au montant de l'indemnité, on le déterminera aisément : la valeur de l'apport donné en gage aux créanciers est le montant nominal des actions attribuées à l'apporteur...

« Mais l'actif social ne comprend l'apport que pour le temps restant à courir..., l'indemnité sera proportionnelle au temps à courir. »

III. — RAISONS QUI, A NOTRE AVIS, FONT ÉCARTER LA POSSIBILITÉ D'UN APPORT EN INDUSTRIE A UNE SOCIÉTÉ A RESPONSABILITÉ LIMITÉE OU A UNE SOCIÉTÉ PAR ACTIONS.

Il ne nous paraît pas qu'il y ait grand-chose à objecter à ce raisonnement. Est-ce à dire que nous admettons la validité d'un apport en industrie dans une so-

ciété à responsabilité limitée, ou dans une société par actions ? Non, mais nous basons notre opinion sur d'autres arguments que ceux que nous avons déjà énumérés, tirés de l'esprit de la loi du 7 mars 1925 et de celle du 24 juillet 1867.

Par ailleurs, une jurisprudence constante en matière de sociétés par actions ⁽⁶⁾, et plusieurs décisions déjà rendues en matière de sociétés à responsabilité limitée ⁽⁷⁾, ont nié la validité d'un tel apport. Sans doute, tous ces arrêts s'appuient-ils sur la prétendue non libération immédiate de l'apport en industrie, tel, par exemple, l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon, du 15 mars 1935, dont nous citons les attendus :

« Attendu que le crédit commercial d'un individu,
« la confiance qu'il inspire, ses capacités et compé-
« tences techniques peuvent faire l'objet d'un apport
« en société, mais que cet apport industriel s'il est li-
« cite en lui-même, ne peut être rémunéré par des
« actions faisant partie du capital social mais simple-
« ment par des parts bénéficiaires, parce que cet ap-
« port, par sa nature, implique une série de presta-
« tions éventuelles et successives... » ;

Ils n'en demeurent pas moins et sont significatifs : la jurisprudence, soucieuse avant tout des conséquences pratiques, est heureuse de trouver dans la doctrine

(6) Boulogne, 20 août 1886 (*J. S.*, 1890, 59) ; Cass., 25 mars 1903 (*D.*, 1904, 2, 24) ; *Trib. Civ. Seine*, 2 novembre 1910 (*J. S.*, 1911, 445).

(7) Lyon, 15 mars 1935 : *Recueil juridique des Sociétés*, 1935, 159. Tribunal Civil de Valenciennes, 12 février 1935 : *Recueil juridique des Sociétés*, juin 1935. Lyon, 29 mars 1935 : *Recueil juridique des Sociétés*, 1935, p. 186.

des arguments dont elle ne contrôle pas la valeur pour étayer des décisions qu'elle croit heureuses.

Et, de fait, il est nécessaire d'écarter la possibilité de la rémunération en parts de capital d'un tel apport : supposons que l'on en admette la validité et qu'une société se constitue entre quelques associés, des techniciens ou commerçants remarquables qui, pour tous apports, mettent en commun leur industrie. Ils évaluent leurs apports à 100.000 francs. La société tombe en faillite et les tiers veulent réaliser leurs gages. Ils obtiendront une condamnation à 100.000 francs de dommages-intérêts, mais, en fait, que retireront-ils si les associés n'avaient pour fortune que les connaissances acquises ? On dira : les tiers, avant de contracter, devaient se renseigner sur la nature des apports et, le cas échéant, sur la solvabilité des associés. Cette réponse est pertinente en matière de sociétés de personnes ; elle ne tient pas compte, au contraire, des caractères des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés par actions : les tiers voient : société à responsabilité limitée au capital de 100.000 francs, il faut qu'ils soient certains, sauf dépréciation indépendante de la volonté des associés, de trouver ces 100.000 fr. quelle que soit la situation personnelle des associés.

La loi du 7 mars 1925 nous donne un exemple de ce souci du législateur de protéger les tiers contre toute insolvabilité des associés : les apports en espèces doivent être intégralement libérés ; pour quelle raison, sinon pour éviter que les créanciers qui avaient compté sur un gage déterminé ne soient à la merci de l'insolvabilité d'associés incapables de libérer leurs apports

après avoir été condamnés à le faire. Cette même raison existe évidemment en matière de société par actions, mais là, il a fallu concilier sur ce point l'intérêt des créanciers avec celui de la société qui peut ne pas avoir immédiatement besoin de son capital et qui serait en peine d'obtenir de ses associés trop nombreux et dispersés les fonds nécessaires pour l'augmenter ; de plus, la loi a pris des mesures pour faire acquitter par un actionnaire nouveau la dette de l'actionnaire défaillant, déchu de ses droits ; la vente aux enchères ou l'exécution en Bourse qui permet aux sociétés par actions de rentrer dans leurs fonds n'est pas possible dans une société où les associés sont choisis sur des considérations de personnes.

Nous dirons donc que l'apport en industrie est irrégulier parce qu'il équivaut à une obligation de faire qui, en cas d'inexécution doit se résoudre en une obligation d'acquitter des dommages-intérêts, obligation qui sera plus ou moins bien remplie selon la situation personnelle de l'associé, situation dont les tiers n'ont pas à avoir souci.

IV. — DE CETTE CONCLUSION, NOUS ALLONS ESSAYER DE TIRER UNE RÈGLE.

Il sera, préalablement, nécessaire de rappeler quelques principes généraux :

Quelle est la nature des obligations qui incombent à l'apporteur d'un bien en société ? Ce peut être la nature des obligations de tout débiteur.

D'après l'article 1.101 du Code civil, les obligations

se divisent en trois catégories : obligations de donner, obligations de faire, obligations de ne pas faire.

L'obligation de donner a pour objet l'acquisition par le créancier d'un droit réel sur une chose ⁽⁸⁾. En droit romain, en ancien droit français et même dans certains droits contemporains comme le droit allemand, on distingue l'acte générateur de l'obligation de donner (vente, donation...) de l'acte translatif (tradition). L'article 1138 en décidant que « l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes » a supprimé toute distinction entre les deux opérations.

Il y a cependant des hypothèses dans lesquelles les deux opérations subsistent : obligation de donner une chose future ou obligation de donner une chose déterminée seulement dans son genre.

L'obligation de faire est celle qui a pour objet un fait actif que le débiteur s'engage à accomplir, fait autre que le transfert de la propriété ou d'un droit réel ; ce peut être un fait matériel : construire une maison, ou un fait juridique : donner à bail un immeuble ⁽⁹⁾.

L'obligation de ne pas faire est celle à raison de laquelle le débiteur est tenu de s'abstenir de certains actes que, sans cette obligation, il eût été libre d'accomplir ⁽⁹⁾.

Pour chacune des obligations de donner, faire et ne pas faire, la prestation peut être accomplie en une seule opération (nous appellerons ces obligations, en

(8) Ambroise COLIN et CAPITANT, II, p. 7.

(9) Ambroise COLIN et CAPITANT, II, p. 6 et 7.

nous référant à leur exécution, obligations instantanées) ou en une série d'opérations (obligations successives).

Toutes ces obligations ont une valeur d'échange et, en règle générale, peuvent faire l'objet d'un apport en société. Sans doute, ne voit-on pas couramment une personne rémunérée par un droit social de son engagement de ne pas faire, mais cet engagement se trouve inclus dans certains apports dont il forme une partie de la valeur et avec lesquels il est globalement rémunéré : l'apporteur d'un fonds de commerce est rémunéré en partie pour l'engagement de non concurrence contracté sous le nom d'apport de clientèle.

En règle générale donc, tout engagement de donner, de faire ou de ne pas faire, à la condition évidemment qu'il ait une valeur patrimoniale ⁽¹⁰⁾ et qu'il soit susceptible de procurer un profit matériel, un bénéfice peut faire l'objet d'un apport en société.

Nous avons vu que l'apport en industrie, type parfait d'apport consistant en une obligation de faire, ne pouvait être rémunéré en parts de capital d'une société à responsabilité limitée ou en actions parce que, en cas de mise en liquidation de la société, les créanciers devraient se contenter d'une réalisation de l'apport en équivalent, réalisation plus ou moins effective selon la situation personnelle de l'apporteur.

(10) Pour préciser notre pensée, nous dirons que l'obligation de dire des messes ne peut pas être rémunérée en parts sociales, cela va de soi : l'objet d'une société est un objet intéressé ; les obligations contractées doivent être susceptibles de donner un profit matériel,

Rappelons donc les principes qui régissent l'exécution forcée d'une obligation.

L'exécution forcée d'une obligation peut, selon la nature de cette obligation, être exécutée en nature ou en équivalent.

En principe, l'obligation de donner est exécutoire en nature ⁽¹¹⁾, il en est ainsi, tout d'abord, dans tous les cas, et nous avons vu que c'est la règle générale, où l'obligation de donner est exécutée dès qu'elle a pris naissance, mais même dans le cas où le transfert du droit réel n'est pas effectué par la seule conclusion du contrat, l'exécution adéquate de l'obligation peut toujours être procurée au créancier : donner, c'est-à-dire transférer la propriété, le droit réel, c'est un acte abstrait de volonté que le juge peut toujours suppléer ; tenir pour accompli ⁽¹²⁾.

Par exception, le créancier devra se contenter d'une exécution par équivalent : par exemple dans le cas d'obligation de livrer un corps certain si cet objet a été détruit par la faute d'un débiteur ou caché par lui, ou encore en cas d'obligation de donner des choses de genre, si ce genre n'est pas assez étendu pour qu'il soit possible au créancier de se procurer la quantité promise ⁽¹³⁾.

Inversement, les obligations de faire ou de ne pas faire ne se résolvent pas toujours, en cas d'inexécution, en dommages-intérêts : (articles 1143 et 1144 du Code civil) ; autre exemple : lorsque le fait est un acte

(11) Ambroise COLIN et CAPITANT, II, p. 17 et suivantes.

(12) Ambroise COLIN et CAPITANT, II, 17 et 18.

(13) Ambroise COLIN et CAPITANT, II, 17 et 18.

juridique (promesse de vente) ou encore lorsque le débiteur s'était engagé à ne pas s'opposer à un acte de jouissance directe du créancier (louage, cession du droit de chasse, etc.) (14).

Appliquant à ces principes la règle dégagée à propos de l'apport en industrie, nous dirons donc que toute obligation répondant aux conditions générales que doivent remplir les apports en société, conditions que nous avons examinées au chapitre préliminaire de cette étude, peut faire l'objet d'un apport à une société à responsabilité limitée ou à une société par actions à la condition qu'en cas d'inexécution, l'exécution forcée puisse être obtenue, par les créanciers, en nature

V. — NOUS ALLONS ESSAYER D'APPLIQUER CETTE RÈGLE
A QUELQUES CAS CONTROVERSÉS ET EN TIRERONS
PLUS TARD UNE CONSÉQUENCE IMPORTANTE AU
SUJET DES APPORTS EN NATURE GREVÉS D'UNE
CHARGE.

a) *Apports de choses futures* : selon que l'exécution forcée en nature pourra ou non être obtenue, les choses futures pourront ou non être valablement apportées à une société à responsabilité limitée. Reprenant les exemples de MM. Pic et Baratin nous dirons, comme eux, mais pour d'autres raisons que le bénéfice de concours réunis en vue d'assurer le fonctionnement de la société ne peut faire l'objet d'un apport en société car, en cas de refus de ce concours, les créanciers

(14) PIC et BARATIN, 2^e édition, 168.

ne pourraient obtenir qu'une exécution en dommages-intérêts.

La promesse de vente, ou la promesse d'un apport à effectuer plus tard en augmentation de capital, si elle a une valeur intrinsèque, indépendante de la valeur de l'objet promis, valeur qui cependant, en cas d'apport ultérieur s'imputera sur l'estimation de l'apport, peut faire l'objet d'un apport en société si, en toutes circonstances, l'exécution en nature est possible ; par conséquent, la promesse de vente d'un objet mobilier ne peut faire l'objet d'un apport à une société à responsabilité limitée car le débiteur pourrait aliéner l'objet et les créanciers n'auraient plus qu'un recours en dommages-intérêts ; au contraire, la promesse de vente d'un immeuble peut être rémunérée par des parts sociales, en effet, étant comprise dans l'acte de société et par conséquent acceptée, cette promesse, par la transcription de l'acte, conférera à la société un droit réel opposable à tous ⁽¹⁵⁾ et susceptible d'assurer aux créanciers une exécution en nature.

La promesse de bail peut également faire l'objet d'un apport à une société à responsabilité limitée car l'article 1743 rend le droit du locataire opposable à l'acheteur d'un immeuble pourvu que le bail ait date certaine antérieure à l'acquisition ⁽¹⁶⁾, ce qui est réalisé dans le cas d'apport, puisque le contrat de société doit être enregistré dans le mois pour permettre l'accomplissement des formalités de publication, et alors même que le preneur ne se trouverait pas en posses-

(15) COLIN et CAPITANT, II, p. 426.

(16) COLIN et CAPITANT, II, p. 520 et suivantes.

sion lors de l'acquisition. Supposons que l'apporteur ait aliéné l'immeuble avant levée de l'option consentie dans l'acte de société : la société étant mise en faillite, les créanciers lèvent l'option et cette option rétroagissant au jour de l'acte, le bail à date certaine avant la vente et les créanciers peuvent occuper l'immeuble.

Toutefois, si le bail promis dépassait dix-huit ans, il faudrait, pour que la promesse puisse faire l'objet d'un apport valable, qu'elle soit transcrite.

b) *Apports en jouissance*. — Une distinction doit être faite : l'usufruit, droit réel opposable à tous, est susceptible de faire l'objet d'un apport à une société à responsabilité limitée car il sera toujours opposable aux tiers, au contraire, et sous réserve du droit au bail à cause de l'article 1743, un droit de jouissance ou d'occupation, simple droit de créance, ne peut faire l'objet d'un apport à une société à responsabilité limitée car, en cas d'aliénation, l'acquéreur pourra se refuser à laisser la chose à la disposition de la société ou des créanciers et ceux-ci n'auront plus droit qu'à des dommages-intérêts. De plus, le risque de perte, même fortuit de la chose incombant à l'apporteur aux termes de l'article 1867, alinéa 2, du Code civil, l'associé se trouverait dans cette éventualité, n'avoir pas libéré son apport ⁽¹⁷⁾.

c) *Apports successifs*. — Aucune règle générale ne peut être donnée, et il y a là, à notre avis, une question de fait qui doit être laissée à l'appréciation des juges de fond, nous ne voyons pas pourquoi l'obliga-

(17) Ch. LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 17 ; HOUPIE et BOSVIEUX, op. cit., n° 75.

tion par une Compagnie d'électricité de fournir du courant à un prix avantageux déterminé pour une durée égale à celle de la société ou du fonds de commerce, ne pourrait faire l'objet d'un apport rémunéré par des parts de société à responsabilité limitée : cet apport confère au fonds une valeur supplémentaire dont la survivance est certaine puisque, si les créanciers de la société vendent le fonds, la valeur de l'engagement restera réelle, l'acquéreur du fonds pouvant bénéficier de l'engagement contracté par la société d'électricité.

Au contraire, si l'objet à fournir est limité et si on ne peut pas être certain que l'apporteur sera toujours en mesure de fournir la prestation promise, il faut déclarer que l'apport n'est pas valable. Il en serait ainsi si un particulier s'engageait à fournir des matières premières à un prix déterminé : le particulier n'étant pas tenu, comme la société concessionnaire à conserver son métier, pourrait n'être plus en mesure de remplir ses engagements.

SECTION II

OBLIGATION DE LIBERATION INTEGRALE DES APPORTS EN NATURE

Suivant, sur ce point, l'exemple de la loi de 1867, l'article 7, deuxième alinéa, de la loi du 7 mars 1925 déclare que : « les parts sociales correspondant en tout ou partie à des apports en nature doivent toujours

être entièrement libérées au moment de la constitution de la société ».

L'obligation de libération intégrale des parts représentatives d'un apport en nature paraît à première vue inutile ; le seul motif de l'insertion de cette obligation dans l'article 3 de la loi de 1867 a été la nécessité d'arrêter la pratique antérieure des apports mixtes.

En dehors de ce cas qui ne présente aucun intérêt en matière de société à responsabilité limitée, puisque les apports en numéraire doivent, eux-mêmes, être immédiatement libérés, il paraît à première vue que les parts sociales correspondant à un apport en nature sont toujours libérées par le fait même de l'apport.

En approfondissant la question, il apparaît cependant bien que l'apport d'un bien grevé de charges réelles ne soit pas immédiatement libéré. Nous allons étudier la validité de ces apports ; les principes que nous venons de dégager au chapitre précédent nous aideront à justifier notre opinion.

I. — APPORT D'UN BIEN GREVÉ DE CHARGES.

Il est fréquent qu'une personne fasse apport à une société à responsabilité limitée, comme d'ailleurs à toute autre société, d'un immeuble grevé d'hypothèques ou d'un fonds de commerce sur lequel a été inscrit le nantissement donné à un créancier.

La question de la validité d'un tel apport dans une société à responsabilité limitée, comme d'ailleurs, dans les sociétés par actions, se pose lorsque, l'apport étant fait à la valeur brute de l'immeuble, l'associé

apporteur prend l'engagement de payer la dette faisant l'objet de l'inscription hypothécaire.

Elle ne se poserait pas, au contraire, si l'apport était fait pour la valeur nette du bien, l'obligation de payer la dette incombant soit à la société : on se trouverait alors en face d'un apport mixte, apport vente à concurrence du passif pris en charge, apport pur et simple pour le surplus ; soit à l'apporteur qui recevrait des parts émises en augmentation de capital lorsque l'exécution de sa dette aurait libéré l'immeuble de l'hypothèque qui faisait de la société la caution réelle de l'apporteur.

Dans le premier cas envisagé, les parts ou actions, représentatives de la valeur de la dette inscrite, sont remises immédiatement à l'apporteur ; l'immeuble ou le fonds de commerce sont immédiatement apportés pour leur valeur intrinsèque, mais l'apporteur s'engage à obtenir mainlevée des inscriptions qui peuvent les grever.

La grande majorité de la doctrine conclut, sans d'ailleurs, appuyer ses affirmations sur d'autres considérations que des raisons d'utilité pratique, à la validité d'un tel apport pareillement rémunéré.

En matière de sociétés par actions ⁽¹⁸⁾, MM. Houpin et Bosvieux conseillent à la société, pour lui garantir l'exercice de son recours éventuel contre l'apporteur, de stipuler dans les statuts que la totalité ou une partie des actions attribuées ne seront remises à l'apporteur qu'après justification de la radiation de l'inscrip-

(18) HOUPIN et BOSVIEUX, 7^e éd., 698 et les références citées.

tion et resteront jusque-là déposées dans la Caisse sociale à titre de nantissement.

Ce simple exemple montre à quel point nous sommes placés en dehors du droit pour être rejetés dans le domaine des règles de prudence pratique.

MM. Pic et Baratin ⁽¹⁹⁾ sont du même avis et justifient leur opinion par le fait que les apports effectués par les associés sont bien transmis à la société dans leur intégralité et sans altération du droit de propriété.

Le véritable motif de la solution que MM. Pic et Baratin qualifient eux-mêmes de libérale est à leurs yeux sa nécessité : « L'adoption d'une solution opposée aurait, en effet, pour résultat de rendre impossible dans de très nombreux cas, la constitution de la société, *bien que la solvabilité de l'apporteur ne soit pas mise en doute.* »

Nous avons vu précédemment que cette prétendue impossibilité de constitution constituait tout au plus une gêne lorsque la charge inscrite est inférieure à la valeur du bien. Quand la charge inscrite est égale ou supérieure à la valeur actuelle du bien n'est-il pas à craindre que l'apporteur soit insolvable et n'est-il pas préférable d'attendre qu'il ait libéré le bien de ses charges ? D'ailleurs, si le fonds ou l'immeuble sont nécessaires à l'exploitation sociale, ne sera-t-il pas toujours possible soit de les louer à la société, soit de constituer cette dernière sous une forme autre que celle impliquant une limitation de la responsabilité des associés ?

(19) PIC et BARATIN, 177. Contre cette opinion, AUGER et MICHEL, 71-4, n° 122.

La jurisprudence, tant celle existant pour les sociétés par actions, que celle qui, depuis 1925 a eu à se prononcer sur le cas pour des sociétés à responsabilité limitée, est assez hésitante ⁽²⁰⁾.

Nous examinerons, parmi les arrêts rendus sur la matière, Paris 9 juillet 1883 ⁽²¹⁾ pour les sociétés par actions ; et, pour les sociétés à responsabilité limitée, Riom 22 février 1928 ⁽²²⁾, Tribunal de Commerce de Toulouse, 19 décembre 1929 ⁽²³⁾, Nantes, 15 décembre 1930 ⁽²⁴⁾.

De l'examen de ces arrêts, nous essayerons de retirer les règles admises par la jurisprudence si, toutefois, on peut parler de règles. Nous donnerons notre opinion et essayerons, ensuite, de la justifier.

Le premier arrêt (Paris 9 juillet 1883) a décidé que l'apport en société d'un immeuble grevé d'une dette hypothécaire laissée à la charge de l'apporteur est réputé fictif, quoique la société ait conservé les actions représentant l'apport, si cet immeuble a été ensuite exproprié pour un prix inférieur à la dette.

Nous ne pouvons accepter cette opinion, la fictivité

(20) Pour la validité de la société : Toulouse, 18 janvier 1887 (*J. S.*, 1890, 321) ; Paris, 4 mars 1887 (*J. S.*, 1887, 634) ; Cass., 20 novembre 1888 (*J. S.*, 1890, 49). En matière de société à responsabilité limitée, voir aussi Tr. Com. Roanne, 15 avril 1931 (*J. S.*, 1931, 683). Pour la nullité : Paris, 5 décembre 1881 (*J. S.*, 1882, 549) ; Paris, 9 juillet 1883 (*R. S.*, 1883, 593) ; Cass., 4 juin 1887 (*R. S.*, 1887, 421) ; Douai, 6 août 1903 (*J. S.*, 1904, 220).

De l'examen de ces arrêts, se dégage la conclusion que ceux qui ont décidé la validité sont intervenues alors que les charges étaient éventuelles ou minimales et qu'au contraire, ceux qui ont décidé la nullité l'ont fait alors que les charges absorbaient la totalité de la valeur d'apport du bien grevé.

(21) *R. S.*, 1883, p. 593.

(22) *J. S.*, 1929, p. 487 et note CORDONNIER.

(23) *Recueil juridique des Sociétés*, 1931, p. 38.

(24) *R. S.*, 1932, p. 116.

d'un apport est une notion objective, susceptible de se révéler dès que l'apport est fait et qui ne dépend pas de circonstances ultérieures : si un bien apporté a, au jour de l'apport une valeur supérieure aux charges qui le grèvent il n'est pas fictif et il ne le deviendra pas par le fait qu'ultérieurement (par suite de la baisse de valeur de la propriété immobilière par exemple) sa valeur sera devenu inférieure à ces charges.

Or la décision que nous rapportons ne s'est pas reportée au jour de l'apport pour apprécier sa réalité. La constatation de l'adjudication ultérieure du bien à un prix inférieur aux charges lui a suffi ; cette constatation ne prouve pourtant rien à elle seule.

L'arrêt de la Cour de Riom est plus intéressant : il s'agissait d'une société dont la nullité était demandée pour cause d'apports en nature non libérés : apport d'un fonds de commerce et d'une propriété grevée d'inscriptions hypothécaires et de nantissement.

La nullité ayant été prononcée en première instance, la Cour, avant d'ordonner une expertise, développa les motifs suivants :

« Considérant que ces apports en nature... étaient
« alors grevés d'inscription hypothécaire et de nan-
« tissement ; que les apporteurs avaient pris l'enga-
« gement de rapporter, dans un délai maximum de
« trois mois, mainlevée tant des oppositions qui se
« produiraient à la suite de la publicité légale que
« des inscriptions qui seraient révélées par l'état de
« transcription ; considérant que cet état a révélé des
« inscriptions... au total 500.000 francs ; considérant
« que les mainlevées de ces inscriptions n'ont été

« données que... postérieurement au délai fixé ; con-
« sidérant que Vassal et la Société Fremeaux s'empa-
« rant de ces faits, déclarent qu'au moment où s'est
« constituée la société, les apports ne se trouvaient
« pas entièrement libérés, contrairement aux pres-
« criptions impératives de l'article 7 de la loi du
« 7 mars 1925 ; que dès lors la société doit être décla-
« rée nulle en vertu de l'article 9 de la même loi ;
« considérant que l'article 7 de cette loi est ainsi
« conçu : « Les sociétés à responsabilité limitée ne
« peuvent être définitivement constituées qu'après
« que toutes les parts ont été réparties entre les
« associés dans l'acte de société et qu'elles ont été
« libérées intégralement ; les parts sociales correspon-
« dant en tout ou partie à des apports en nature doi-
« vent toujours être entièrement libérées au moment
« de la constitution de la société. Les fondateurs doi-
« vent déclarer expressément que ces conditions sont
« remplies. *Considérant qu'aux termes mêmes de ce*
« *texte, ce qui doit être libéré, ce ne sont pas les*
« *apports en nature, mais bien les parts sociales qui*
« *y correspondent* ; que la solution contraire... abou-
« tirait à ce résultat qu'un immeuble hypothéqué
« pour une somme infime, ne pourrait plus faire l'ob-
« jet d'un apport en nature, même si sa valeur était
« considérable, par rapport au chiffre de la dette
« ainsi garantie...

« Considérant que... Vassal et la Société Fremeaux
« n'offrent pas de prouver et ne prétendent même
« pas que les charges grevant les apports ne laissent
« plus aux biens apportés une valeur équivalente aux

« évaluations portées dans l'acte de constitution , que
« leur silence à cet égard permet de présumer que,
« déduction faite des charges, les apports en nature
« représentaient encore un actif correspondant aux
« dites évaluations... »

Que conclure de cet arrêt, sinon que la Cour s'est, avant tout, attachée aux circonstances de fait, de l'examen desquelles il ne ressortait pas nettement que l'évaluation des immeubles et fonds apportés ne tenait pas compte des charges qui grevaient ces biens.

La Cour remarque, ce qui est exact, que ce sont non les apports, mais les parts qui doivent être libérées en vertu de l'article 7 ; principe dont s'est immédiatement emparée la doctrine et qu'elle aurait été bien venue d'employer pour justifier certains apports successifs qu'elle rejette pour défaut de libération ; mais principe à deux tranchants : si l'immeuble vaut 100.000 francs, qu'il est grevé d'une hypothèque de 50.000 francs et que l'on rétribue son apport par 1.000 parts de 100 francs, ces parts ne sont pas libérées ; elles ne le seront que lorsque l'hypothèque inscrite sur le bien aura été levée : en fait, si l'on veut s'attacher exactement à la lettre de l'article 7 on sera obligé de dire que la part ne sera libérée que si sa valeur est égale à la somme de la valeur nette du bien et de la valeur de la promesse faite de libérer l'apport. Cette dernière valeur est essentiellement subjective, elle ne sera que très rarement égale à la valeur de la dette.

Le Tribunal de Commerce de Toulouse, dans son arrêt du 19 décembre 1929, se trouve au contraire en

présence d'un fonds de commerce apporté à sa valeur brute, l'apporteur s'étant engagé à donner mainlevée des inscriptions, inscriptions dont le montant était d'ailleurs supérieur à la valeur attribuée au fonds.

Malgré ces charges, le Tribunal n'a pas annulé la société, mais les raisons qu'il donne pour motiver cet arrêt montrant curieusement combien les considérations pratiques l'emportent dans ces motifs à toute préoccupation juridique pure :

« Attendu qu'au point de vue constitution de la
« société à responsabilité limitée, *il paraît certain que*
« *le jour de la constitution les parts sociales n'étaient*
« *pas intégraleemnt libérées* au sens strict du mot,
« mais qu'il ne semble pas que ce soit dans ce sens
« étroit qu'il faille interpréter le texte de l'article 7 et
« qu'on peut très bien admettre que l'obligation im-
« posée à l'apporteur de libérer le fonds de tout passif
« suffise pour consacrer la libération des parts cor-
« respondantes, dans le sens de rendre possible la
« constitution régulière de la société ; qu'il semble,
« en effet, impossible qu'il en soit autrement, car en
« se plaçant au point de vue pratique, on ne peut
« provoquer la déclaration régulière de créanciers non
« inscrits qu'autant que la société à responsabilité
« limitée s'est révélée comme existante ; qu'il serait
« nécessaire, pour l'application à la lettre de l'arti-
« cle 7 qu'il existe dans la loi une disposition faisant
« obligation aux futurs associés de faire connaître
« leur intention de créer une société à responsabilité
« limitée sous une forme qui permette la déclaration
« légale des créances avant la constitution défi-
« nitive... »

Nous le voyons : le Tribunal voit la nécessité pratique et cherche à la satisfaire, malgré les textes et en en donnant une interprétation assez élastique :

Il dit : « la part est libérée du moment que l'apporteur contracte l'obligation de libérer le fonds » ; oui, mais cette obligation, que vaut-elle ? si l'apporteur est la Banque de France, l'engagement de payer vaut la valeur de la dette, mais si cet apporteur est une personne ruinée dont tous les biens sont grevés d'hypothèques ou de nantissement, cet engagement, qu'il ne pourra certainement pas tenir, n'a aucune valeur.

L'arrêt du Tribunal de Commerce de Nantes du 15 décembre 1930 ⁽²⁵⁾ revient à la pratique jurisprudentielle antérieure et déclare nulle pour apport fictif la société à responsabilité limitée constituée par apport d'un fonds de commerce grevé d'un privilège de vendeur et de dette supérieure à son évaluation. Toutefois, il est intéressant de noter que cet arrêt développe la thèse contraire à celle couramment admise, en disant... « encore faut-il que, pour que l'obligation de libération intégrale des parts soit observée, les charges grevant l'apport, une fois déduites, cet apport

(25) Voir le commentaire de M. P. CORDONNIER sur cet arrêt dans *J. S.*, 1930, p. 99. D'après ce commentaire, M. CORDONNIER semble implicitement admettre que l'apport d'un bien grevé de charges réelles à sa valeur brute est nul puisqu'il dit : Par libération de parts sociales, on doit entendre la remise par l'associé de biens dont la valeur *utile* pour la société, c'est-à-dire la valeur nette réelle, équivaut au montant des parts sociales attribuées... Il va de soi que lorsque l'apport a pour objet un bien grevé de charges (immeubles hypothéqués, fonds de commerce donné en nantissement, valeurs mobilières non entièrement libérées...) la société qui profite de l'apport ne s'enrichit que dans la mesure où, toutes charges déduites, l'apport laissera un solde réellement positif...

conserve encore une valeur équivalente à celle qui lui a été attribuée dans le capital social... »

L'examen de cette jurisprudence démontre que tous les arrêts rendus, tant en matière de sociétés par actions que de sociétés à responsabilité limitée, n'ont été motivés que par des considérations pratiques : les arrêts qui ont déclaré la société nulle l'ont fait lorsque le passif dont était grevé l'apport était hors de proportion avec l'apport lui-même, de telle sorte que la valeur vénale du bien apporté était manifestement infime dès la constitution. Les arrêts qui ont validé la société (à l'exception de l'arrêt du Tribunal de Toulouse) l'ont fait alors que les charges étaient minimales ou purement éventuelles.

C'est peut-être là une méthode qui donne d'excellents résultats, mais elle présente l'inconvénient de donner deux solutions opposées à des espèces identiques dans le principe.

La doctrine est dominée par cette même idée de considérations pratiques et n'est donc pas meilleure conseillère.

Pour nous, la solution est simple : lorsqu'un bien apporté est grevé de charges réelles, et qu'en rémunération de cet apport il est attribué des parts sociales ou des actions dont la valeur nominale est égale à la valeur brute du bien qu'elles représentent, ces parts ne sont pas libérées. Il est faux, comme nous le verrons ultérieurement, de dire que ces parts, dans le cas où l'apporteur n'a pu accomplir sa promesse de libération du bien apporté, ont été surestimées et que la sanction doit donc être la responsabilité solidaire de

l'article 8 ; les parts sont, par hypothèse, correctement évaluées, mais leur libération n'interviendra qu'ultérieurement ; l'article 7 de la loi du 7 mars 1925 qui n'est qu'une application du principe général que nous avons dégagé à la section précédente doit donc s'appliquer ; un bien grevé de charges ne peut faire l'objet d'un apport valable à une société à responsabilité limitée ; la société à responsabilité limitée constituée avec un tel apport est donc nulle par application de l'article 9 de la loi.

Les conclusions que nous avons développées à la section précédente s'appliquent en effet parfaitement : nous avons vu que l'on ne pourrait dire que les parts sociales sont correctement évaluées que dans le cas où leur valeur correspondrait exactement aux valeurs combinées du bien grevé et de la promesse faite de le dégrever. Or, l'obligation contractée par l'apporteur de dégrever le bien de sa charge est une obligation de faire dont l'exécution en nature ne peut être assurée en cas d'inexécution volontaire ; par application du principe dégagé au chapitre précédent, cette obligation ne peut donc pas être l'accessoire de l'apport d'un bien à une société par actions ou à une société à responsabilité limitée.

Nous sommes d'autant plus obligés de donner cette conclusion que l'obligation de faire contractée par l'apporteur qui s'engage à apporter mainlevée de l'inscription qui grève le bien est une obligation de payer à autrui : si l'apporteur n'a pu, par hypothèse, payer sa dette, il est probable qu'il ne pourra davantage payer au créancier l'équivalent en dommages-intérêts de son obligation.

II. — APPORT D'UN FONDS DE COMMERCE NON DONNÉ EN NANTISSEMENT. DÉCLARATIONS DE CRÉANCES.

Nous avons vu, dans le paragraphe précédent de cette section, que le Tribunal de commerce de Toulouse, dans son arrêt du 19 décembre 1929, avait souligné la difficulté qui naîtrait de l'application stricte de l'article 7 de la loi du 7 mars 1925, du fait des déclarations de créances faites par les créanciers non inscrits de l'apporteur d'un fonds de commerce.

Nous allons entreprendre dans ce paragraphe l'étude de cette difficulté et mettrons les principes dégagés de l'étude de la loi du 17 mars 1909 en parallèle avec ceux que nous avons cru pouvoir dégager de la loi du 7 mars 1925.

L'article 7 de la loi du 17 mars 1909 est ainsi conçu :

« Dans la quinzaine de la publication de l'acte de
« société contenant apport d'un fonds de commerce,
« tout créancier non inscrit de l'associé qui a fait
« l'apport fera connaître au greffe du Tribunal de
« Commerce où le dépôt de l'acte a eu lieu, sa qua-
« lité de créancier et la somme qui lui est due. Il lui
« sera délivré par le greffier un récépissé de déclara-
« tion.

« Si le fonds est apporté dans une société déjà for-
« mée, les créanciers non inscrits de l'associé auquel
« le fonds appartenait feront la déclaration au greffe
« du Tribunal de Commerce de la situation du fonds,
« dans la quinzaine de la publication de l'acte cons-
« tant l'apport, effectué en conformité de l'article 3
« ci-dessus. »

« A défaut par les coassociés ou l'un d'eux de former dans la quinzaine suivante une demande en annulation de la société ou de l'apport, ou si l'annulation n'est pas prononcée, la société est tenue solidairement avec le débiteur principal du paiement du passif déclaré dans le délai ci-dessus et justifié. »

Par conséquent, lorsqu'un fonds de commerce est apporté à une société et que les créanciers ont fait leur déclaration au greffe du Tribunal, les associés se trouvent placés devant l'alternative suivante :

— laisser la société devenir solidairement responsable du paiement du passif déclaré,

— ou demander l'annulation de la société, si celle-ci est nouvelle, ou de l'apport, si la société est déjà existante ⁽²⁶⁾.

En pratique, lorsque l'apport d'un fonds de commerce est fait à une société, les associés insèrent dans les statuts la clause suivante :

« L'apporteur s'oblige à rapporter, à ses frais, avant l'expiration du délai de quinzaine prévu par la loi, mainlevée et certificat de radiation de toutes inscriptions, déclarations de créances et autres empêchements quelconques qui pourraient exister ou survenir. »

Il y a donc une obligation de faire mise à la charge de l'apporteur et qui conditionne la valeur de son apport.

Les principes que nous avons dégagés nous obligent donc à conclure qu'une telle société est nulle en tant que société à responsabilité limitée.

(26) Voir G. CENDRIER : *Le Fonds de Commerce*, 5^e éd., p. 262 et suivantes.

Si l'associé n'accomplit pas son obligation, cela n'a pas grande importance ; les associés peuvent demander l'annulation de la société, et s'ils ne le font pas, il est parfaitement logique que les créanciers sociaux puissent demander la nullité et, le cas échéant, avoir par le jeu de l'article 10 de la loi du 7 mars 1925 un recours contre des associés qui, par négligence, ont laissé leur société se rendre responsable d'un passif qui incombait à un associé.

Au contraire, si l'associé accomplit son obligation, l'application des principes que nous venons de dégager aurait risqué, antérieurement à la mise en application du décret du 30 octobre 1935 modifiant l'article 10 de la loi, d'aboutir, si l'on avait admis l'opinion d'un grand nombre de commentateurs de cet article, à des conséquences pratiquement inadmissibles.

L'article 10, ancien texte, de la loi du 7 mars 1925, ne reproduisant que partiellement l'article 8 de la loi du 24 juillet 1867, ne prévoyait pas la possibilité de confirmation des sociétés à responsabilité limitée par la disparition des causes de nullité.

La plupart des auteurs voyant, comme nous le verrons plus loin ⁽²⁷⁾, dans la nullité des sociétés, une nullité contractuelle d'ordre public, donc absolue, refusaient d'admettre que la nullité, une fois encourue, puisse disparaître autrement que par la prescription de dix ans.

L'admission de ces principes, conjuguée avec l'admission des règles que nous avons établies précédem-

(27) Voir pp. 113 et suiv.

ment, conduisait à des conséquences inadmissibles parce qu'inévitables :

Lorsqu'il est fait apport d'un immeuble hypothéqué ou d'un fonds de commerce sur lequel des créanciers privilégiés ont inscrit leur privilège, on connaît, avant la constitution, le montant des charges dont l'immeuble ou le fonds est grevé ; si les biens sont grevés d'hypothèques occultes, on peut, sauf négligence, en provoquer l'inscription ou prendre les mesures utiles pour en purger le bien ; il est donc possible soit de libérer le bien avant son apport à la société, soit, le montant exact des charges dont il est grevé étant connu, de faire prendre ce passif en charge par la société à laquelle le bien est apporté ; des deux façons, il est possible d'obtenir une société régulièrement constituée.

Il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit de l'apport d'un fonds de commerce en ce qui concerne le passif ordinaire du commerçant qui fait l'apport :

Dans ce cas, il n'est possible de connaître que d'une manière approximative ou, tout au moins, incertaine, le montant de ce passif par l'examen de la comptabilité de l'apporteur.

Pour en connaître le montant, ou du moins, pour que le montant dont la société sera solidairement tenue soit arrêté, il n'est d'autre moyen que de faire la publicité prévue par la loi de 1909 ; or, cette publicité se confond, dans le cas où le fonds fait l'objet d'un apport pur et simple à une société en constitution, avec l'insertion prévue par l'article 13 de la loi

du 7 mars 1925, publicité qui est faite lorsque la société a été constituée.

On aboutit donc à cette conséquence que, pour connaître le montant du passif, les futurs associés sont tout d'abord obligés de constituer la société d'une façon irrégulière.

Cette conclusion logique, qui a paru constituer pour le Tribunal de Commerce de Toulouse un empêchement prohibitif à l'admission de la théorie qui voit dans l'existence de charges le fait de non libération des parts, était, évidemment, inadmissible pour les personnes qui, tel le juge de Toulouse, n'admettaient pas que la nullité de la société disparaissait lorsque la cause en avait elle-même disparu ; elle ne présente plus, aujourd'hui, puisque le nouvel article 10 de la loi admet la possibilité de confirmation, le même inconvénient :

Dorénavant, il est incontestable que, si, à la suite de la publication de l'acte de société, il est fait au greffe du Tribunal de Commerce des déclarations de créances, et si l'annulation de la société n'est pas demandée ou prononcée, la nullité qui entachait la société sera couverte par la justification même tardive de l'exécution de l'obligation de rapporter mainlevée des oppositions ou quittance des créances déclarées.

SECTION III

DE L'EVALUATION DES APPORTS EN NATURE RESPONSABILITE SOLIDAIRE DES ASSOCIES

(Article 8 de la loi du 7 mars 1925)

Non content d'exiger la libération intégrale de tous les apports, le législateur de 1925, soucieux également de garantir les tiers contre une évaluation fantaisiste des biens apportés, a décidé, par l'article 8 de la loi, que :

« L'acte de société doit contenir l'évaluation des
« apports en nature. Les associés sont solidairement
« responsables vis-à-vis des tiers, de la valeur attribuée
« au moment de la constitution de la société, aux
« apports en nature.

« L'action de responsabilité résultant des dispo-
« sitions du paragraphe précédent se prescrit par dix
« ans à partir de la constitution de la société. »

I. — NOUS EXAMINERONS BRIÈVEMENT TOUT D'ABORD A
LA SUITE DE QUELLES DISCUSSIONS ET PROPOSI-
TIONS A ÉTÉ ÉDICTÉE CETTE RESPONSABILITÉ
SOLIDAIRE.

Le projet de loi gouvernemental, abandonnant tout mode de vérification des apports calqué sur celui de la loi de 1867, dont l'inefficacité avait été maintes fois prouvée, décidait simplement dans son article 8 :

« L'acte de société doit contenir l'évaluation des apports en nature. »

et s'en remettait donc, à l'exception du cas où la majoration était le résultat de manœuvres frauduleuses, au droit commun pour sanctionner les majorations d'apports.

Le Gouvernement ayant soumis son projet à l'examen des Chambres de Commerce, la Chambre de Commerce de Strasbourg fit connaître au Gouvernement, dans l'avis qu'elle lui présenta ⁽²⁸⁾ l'intérêt qu'il y aurait d'étendre aux sociétés nouvelles l'institution des réviseurs, institution prévue par la loi locale pour les sociétés anonymes et dont l'extension aux sociétés à responsabilité limitée de droit local était facultative.

Ces réviseurs, vérificateurs d'apports officiels, nommés par les Chambres de Commerce, peuvent présenter à ce titre des garanties de compétence et d'indépendance que ne présentent qu'exceptionnellement les commissaires aux apports de la loi française de 1867.

Cette institution n'avait aucun chance d'être adoptée par la loi nouvelle, M. Bourcart le reconnaissait dans les observations qu'il a présentées dans le Journal des Sociétés au sujet de l'avis de la Chambre de Commerce de Strasbourg ⁽²⁹⁾.

Les personnes les plus compétentes pour vérifier les valeurs attribuées à certains apports, les fonds de commerce en particulier, étant les personnes exerçant la

(28) Voir *J. S.*, 1920, p. 335 et suivantes.

(29) Voir *J. S.*, 1920, p. 394.

profession de l'apporteur. Les Chambres de Commerce, pour conférer au réviseur nommé une compétence certaine auraient dû le choisir parmi les concurrents des apporteurs ; ce choix aurait certainement éloigné de cette forme de société les personnes qui, désirant former une société fermée, n'aiment pas trop que l'on mette le nez dans leurs affaires.

Cette institution étant rejetée, la Commission du Commerce et de l'Industrie, soucieuse de préserver les tiers contre une majoration du capital, suggérait, dans le rapport qu'elle faisait à la Chambre des députés (Rapport Manceau) ⁽³⁰⁾, de rendre les associés solidaires de la valeur attribuée au moment de la constitution de la société à ces apports en nature, et de prescrire cette action en responsabilité par dix ans, à partir de la constitution de la société ; l'article 8 du projet de loi amendé par la Commission était rédigé sous sa forme définitive et voté sans discussion. Le Sénat, à son tour, acceptait cette rédaction.

II. — ÉTUDE DE L'ÉTENDUE ET DU FONDEMENT DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ARTICLE 8.

S'il est incontestable que la responsabilité instituée par l'article 8 présente des caractéristiques particulières, il est non moins certain que le fait qu'elle sanctionne aurait été, dans de nombreux cas tout au moins, constitutif de la responsabilité délictuelle de l'article 1382 du Code civil.

a) *Nous allons donc examiner, tout d'abord, com-*

(30) Voir R. S., 1922, p. 401.

ment, en l'absence de l'article 8, la responsabilité des associés aurait pu être engagée par la majoration des apports en nature.

La majoration des apports en nature, par l'exagération de la valeur du capital est susceptible de causer un dommage aux tiers qui, comptant sur un gage important, auraient traité avec la société.

Les tiers auraient donc eu recours contre les personnes responsables de ce dommage.

Quelles auraient été, sous l'empire du Code civil, les personnes responsables ?

On pense tout d'abord à l'apporteur conscient de la majoration, mais sa responsabilité serait-elle dégagée dans le cas où il aurait agi de bonne foi ? D'autre part, ses associés ne seraient-ils pas responsables ?

Nous allons voir que les recours dont auraient pu disposer les tiers lésés auraient été, en l'absence de l'article 8, multiples, puisque, en général, les personnes lésées auraient disposé d'un recours solidaire contre tous les associés originaires :

Recours solidaire car, dans le cas où tous les associés auraient été fautifs (nous verrons plus loin que c'est là la règle générale), nous nous serions trouvés en face d'un cas typique d'obligation de chacun des associés au tout : chacun des associés aurait, par sa faute, causé tout le dommage puisque, sans sa faute, la faute des autres n'aurait pas été dommageable ⁽³¹⁾.

Nous nous expliquons : l'associé apporteur a suré-

(31) Voir Henri et Léon MAZEAUD : *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*, p. 1494 et suivantes.

valué son apport, mais ce fait ne saurait être dommageable sans le concours de ses associés :

Si, en effet, ils n'avaient pas contracté, la société n'aurait pas existé, énonçant un chiffre de capital supérieur à la valeur réelle des apports originaires, chiffre constituant seul la cause du dommage.

En acceptant de contracter avec lui, les associés de l'apporteur lui ont permis, ou plutôt ont permis à la société qui a résulté de leur association, de jouir d'un crédit supérieur à celui qu'elle eût dû normalement avoir.

Chacun ayant contribué à rendre le fait de l'apporteur dommageable devrait être responsable du tout en vertu de l'article 1382 ⁽³²⁾.

Toutefois, il existerait certaines conditions pour que l'obligation de chaque associé originaire puisse être demandée.

1° *La responsabilité solidaire n'existerait tout d'abord qu'entre associés fautifs.* — La faute qu'exige l'article 1382 est délictuelle ou quasi-délictuelle : délictuelle lorsque le fait a été accompli avec intention de nuire ou implique une faute lourde équipolente à un dol ; quasi-délictuelle lorsque l'on ne peut relever à la charge de son auteur qu'une imprudence ou une négligence que n'aurait pas commise une personne soucieuse de ne causer à autrui aucun dommage.

Nous allons voir que, dans la très grande majorité des cas, les personnes lésées auraient pu relever une faute délictuelle ou quasi-délictuelle à l'encontre de tous les associés originaires.

(32) Voir la jurisprudence citée par H. et L. MAZEAUD, n° 1945.

Remarquons, tout d'abord, qu'aux termes de l'article 4 de la loi du 7 mars 1925, tous les associés doivent intervenir à l'acte en personne ou par mandataires justifiant d'un pouvoir spécial.

Par conséquent, étant parties à l'acte de société, tous les associés originaires ont été à même de connaître la valeur attribuée aux apports et de s'en faire détailler la consistance exacte par l'apporteur.

Si la valeur attribuée aux apports en nature est exagérée, est-ce que non seulement l'apporteur, mais encore ses associés originaires, ne seront pas fautifs ?

Pour le déterminer, il suffit d'examiner successivement le cas d'un associé qui, par ses connaissances, est capable d'apprécier exactement la valeur du bien apporté, puis celui des associés qui n'ont pas les connaissances nécessaires pour effectuer cette évaluation.

Supposons, tout d'abord, que plusieurs personnes exploitant en commun un fonds d'épicerie, par exemple, veulent constituer une société à responsabilité limitée par l'apport de leur fonds et de leurs marchandises. Il est bien évident qu'ils seront plus capables que quiconque d'apprécier la valeur de leur apport : il serait ridicule de leur part de s'adresser à un expert-comptable pour déterminer la valeur de leur fonds, puisque si ce dernier voulait donner une estimation sérieuse il n'aurait d'autre ressource que de demander à quelques épiciers à combien d'années de bénéfice ou de chiffre d'affaires on évalue la valeur des fonds d'épicerie.

Si donc il est constaté que l'évaluation qu'ils ont donnée de leurs apports dans l'acte est manifestement

exagérée, il sera certain, soit qu'ils l'ont fait à dessein : faute délictuelle ; soit qu'ils sont inexcusables d'avoir agi avec autant de légèreté : faute lourde.

Leur responsabilité sera de toute façon engagée.

Supposons ensuite que certains associés n'ont aucune compétence pour vérifier la valeur attribuée aux apports en nature : ne sont-ils pas tenus de faire examiner par une personne compétente les affirmations qui leur sont faites ?

Ils savent fort bien que l'acte d'une société à responsabilité limitée doit contenir l'évaluation des apports en nature (article 8 de la loi) que l'extrait publié doit indiquer le montant du capital social, la description sommaire et l'estimation des apports en nature (article 14) que, dans tous les actes, factures, annonces, publications et autres documents émanés de la société, devra figurer l'énonciation du montant du capital, capital à la composition duquel concourent ces apports.

Et ces associés ne seraient pas responsables s'ils contresignaient des actes déterminant cette valeur ou le montant de ce capital sans vérification préalable ?

La faute quasi-délictuelle est celle que court une personne lorsque l'on peut relever dans sa conduite l'absence de précautions que la prudence d'un homme attentif et diligent lui aurait inspirées ⁽³³⁾.

Est-ce qu'un homme attentif et diligent aurait accepté sans examen ces affirmations de valeur auxquelles la loi attache tellement d'importance ? Il est évident que non.

(33) COLIN et CAPITANT, 7^e éd., t. II, n° 198.

Par conséquent, la personne qui, n'ayant pas les connaissances nécessaires pour apprécier la valeur des apports en nature aura accepté, sans les vérifier, les estimations données ou acceptées par ses associés, sera coupable d'une faute quasi-délictuelle.

Est-ce à dire que, dans tous les cas, on pourrait relever une faute à l'encontre de tous les associés originaires ? Non, nous diviserons les cas d'irresponsabilité en deux catégories, division qui aura son importance dans la suite de notre étude.

Il y aurait des cas où, bien que la valeur attribuée aux apports ait été supérieure à celle que l'expertise aurait par la suite déterminée, il ne serait pas possible de relever une faute commise ; dans ce cas, non seulement il y a des associés qui ne sont pas fautifs, mais même il n'y a pas eu faute.

Ce sont tous les cas où l'évaluation des apports a été peut-être optimiste, mais non exagérée, les cas où l'estimation se trouve dans les limites permises de l'erreur à craindre sur cette estimation.

En effet, sauf cas particulier de biens faisant l'objet d'une cotation (valeurs mobilières, certaines denrées...) la valeur d'un bien n'est pas susceptible d'estimation précise : la notion même de valeur avec tous ses éléments subjectifs s'y oppose ; si un fonds de commerce a été estimé 1.000.000 par ses apporteurs et que l'expertise faite ultérieurement décide qu'il ne valait que 950.000 francs, cette expertise, loin de démontrer la faute des apporteurs, démontre, par la presque concordance des deux chiffres, leur bonne foi et leur souci de donner une estimation raisonnable.

Quant à l'appréciation de l'erreur à craindre, elle sera laissée à l'estimation des juges du fond.

b) Il y aurait également des cas où, bien qu'une faute ait été commise, certains des associés pourraient ne pas être fautifs : c'est tout d'abord le cas où ils ont pris la précaution de demander à un expert qualifié une vérification de l'estimation des apports et où cet expert, par négligence ou tout autre motif, leur a donné des renseignements erronés ; encore, dans ce cas, les associés devraient-ils être considérés comme fautifs par application de l'article 1384, paragraphe 3, si la personne chargée de faire l'expertise était sous leurs ordres ⁽³⁴⁾.

C'est ensuite le cas où l'apporteur les a induits en erreur par des manœuvres frauduleuses, une mise en scène susceptible de tromper un homme prudent ; la faute de l'apporteur serait alors pénale et constitutive du délit d'escroquerie, mais cette faute, par sa gravité même, laverait l'associé de sa responsabilité personnelle.

2° *Il faudrait que les fautes aient été dommageables.* — Plaçons-nous en cas de faillite de la société : Pour se payer, les créanciers disposent alors de l'actif social, cet actif ils vont le vendre. Peu importe la valeur à laquelle il avait été estimé à l'origine : que le matériel ait été estimé 100.000 francs ou 200.000 francs, ce qui importe aux créanciers, c'est qu'il se réalisera à 80.000.

Si donc l'évaluation exagérée des apports n'est pas

(34) H. et L. MAZEAUD : *Responsabilité du fait des mandataires*, 949.

la cause de la faillite, il n'y a aucune raison pour que les associés soient responsables de l'exagération d'évaluation des apports originaires.

Un apporteur a conféré une valeur exagérée à ses apports, mais la gérance a toujours été prudente et n'a jamais demandé que des crédits commerciaux normaux ; la ruine vient de la défaillance d'un débiteur, est-ce que, en l'absence tout au moins de l'article 8, les créanciers pourraient exciper de l'augmentation de la valeur attribuée aux apports ?

Il est bien évident que la question doit se résoudre par la négative.

Si ces conditions étaient remplies, quelles seraient les conséquences de cette responsabilité ?

Les associés responsables devraient la réparation de tout le préjudice directement causé par ce défaut d'évaluation rigoureuse des apports.

Préjudice direct, bien entendu, non préjudice indirect. Les règles dégagées par la jurisprudence sur la réparation de la faute délictuelle devraient s'appliquer ⁽³⁵⁾.

Nous nous expliquons :

Comptant sur la valeur du fonds de commerce et du matériel, un créancier consent un prêt garanti par un nantissement de 1.000.000 de francs ; s'il avait connu la valeur réelle du gage, il n'aurait prêté que 500.000 francs. Les difficultés du moment et les charges d'intérêt et d'amortissement du prêt réduisent la société à déposer son bilan avec des pertes considérables. La réalisation de l'actif donne 300.000 francs ; le prêt

(35) Voir H. et L. MAZEAUD, 1666 et suivantes.

figurait encore pour 900.000 francs ; les associés seront solidairement responsables du paiement de 500.000 francs, mais non du surplus du passif, car le lien de causalité entre le dépôt du bilan et l'exagération d'évaluation de leur actif n'est pas assez net ⁽³⁶⁾. Bien entendu, les règles de partage de responsabilité s'appliqueront ⁽³⁷⁾ et il est certain qu'il y aurait faute du créancier et, par conséquent partage de la responsabilité, dans le cas où le prêteur aurait été un professionnel, un établissement de crédit, par exemple, qui aurait consenti le prêt sans auparavant étudier et dégager la valeur du gage proposé.

La responsabilité n'aurait pas été limitée à l'exagération de l'apport : on peut désirer couvrir un prêt par un nantissement à concurrence de moitié ou du tiers seulement. Dans ces cas, le préjudice direct causé par cette évaluation sera de deux fois ou trois fois l'exagération.

Autre conséquence de la responsabilité solidaire : la responsabilité des associés devrait se partager entre eux également, par part virile ; on ne saurait en droit strict tenir compte de la gravité des fautes car, si l'un des associés n'avait pas été fautif, tout le dommage aurait été évité ⁽³⁸⁾ ; ce partage par parts viriles s'effectuerait entre tous les coauteurs solvables.

Enfin, selon les principes de la responsabilité délictuelle, les personnes responsables seraient les associés

(36) Contra, pour la responsabilité sous le régime de l'article 8, DROUETS, n° 64 et semble-t-il, PERCEROU : *Les Sociétés à responsabilité limitée* (*An. Droit Commercial*, 1925, p. 94).

(37) Voir H. et L. MAZEAUD, 1505.

(38) H. et L. MAZEAUD, 1972 et suivantes.

originaires dans le cas de constitution, les apporteurs et les associés ayant voté l'augmentation de capital dans ce second cas, ou les ayants cause à titre universel de ces personnes ⁽³⁹⁾.

Dans quels cas la responsabilité aurait-elle eu à jouer ; exagération de valeur de l'un des biens apportés compensée par la sous-estimation d'un autre apport. — La compensation de l'exagération de la valeur d'un apport par la sous-estimation de la valeur d'un second apport n'aurait pu dispenser les associés fautifs de leur responsabilité :

Un apporteur, pour faire bénéficier la société d'un crédit imaginaire, fait apport d'un immeuble et de matériel, et majore la valeur de son apport de 1.000.000. Pour éviter des droits d'apports trop élevés et ne pas être favorisé par rapport à ses associés dont les apports sont correctement évalués, il réduit de 1.000.000 la valeur des marchandises qu'il apporte également.

Immédiatement après la constitution de la société, un tiers consent un prêt hypothécaire à la société ; ce tiers pourra recourir contre les associés fautifs bien que l'ensemble des apports en nature, et dès lors le capital, n'ait pas été majoré ; en effet, sauf le cas échéant, faute de négligence de sa part, les associés ont dû déclarer la valeur des apports en nature, et le créancier a contracté en raison de la valeur des éléments immobiliers, non du capital.

Pour nous résumer : Si l'article 8 de la loi sur les sociétés à responsabilité limitée n'existait pas, les tiers,

(39) H. et L. MAZEAUD, 1994 et suivantes.

en cas de majoration de la valeur d'apport des apports en nature auraient un recours solidaire contre tous les associés fautifs ; ce recours serait divisé entre tous les associés responsables par parts viriles, il ne pourrait être exercé que contre les associés originaires et leurs ayants cause à titre universel ; il serait possible d'exercer ce recours alors que la majoration d'un des apports serait compensée par la minoration d'un autre.

b) *Théories émises sur le fondement de la responsabilité de l'article 8 :*

Comme nous l'avons noté au début de ce paragraphe, il ressort de la seule lecture de l'article 8 que les règles de responsabilité qui doivent en découler ne sont pas exactement les mêmes que celles que nous venons de dégager et que le droit commun aurait permis d'appliquer.

Pour dégager ces règles spéciales, plusieurs théories ont été émises sur le fondement de la responsabilité qu'édicte l'article 8.

Nous allons exposer ces doctrines qui se ramènent à deux : fondement délictuel, responsabilité fondée sur une idée de garantie.

1° *Responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle.* — La grande majorité des auteurs qui ont fait l'analyse de l'article 8, concluent au fondement délictuel ou quasi-délictuel de la responsabilité solidaire qu'il édicte ⁽⁴⁰⁾.

La faute des apporteurs et des autres associés est

(40) PIC et BARATIN, n° 231 ; DROUETS, n° 144.

présumée : « Une présomption légale de faute délictuelle pèse sur les associés du fait qu'ils n'ont pas suffisamment contrôlé la régularité de la constitution de la société ou l'évaluation donnée aux apports en nature de leurs coassociés » ⁽⁴¹⁾.

Nous allons passer en revue les principales conclusions que tirent les auteurs du fondement de cette responsabilité :

1° Seuls les associés originaires pourront être poursuivis ⁽⁴²⁾ mais ils ne sauraient être libérés par cession de leurs parts sociales.

En cas d'augmentation du capital, il ne semble pas possible d'étendre la responsabilité aux associés anciens qui n'ont pas approuvé l'augmentation ⁽⁴³⁾.

2° Le mineur non émancipé, l'interdit, ne seront pas responsables puisque la faute a été commise par leur représentant légal ; nous examinerons cette importante question dans le chapitre réservé à l'examen des questions de capacité nécessaire pour être associé dans une société à responsabilité limitée ⁽⁴⁴⁾.

3° La responsabilité s'étend à tout le dommage résultant directement de la surévaluation ⁽⁴⁵⁾. Un maître éminent du droit commercial semble même, à tort pensons-nous, étendre cette responsabilité au dommage indirect ⁽⁴⁶⁾.

(41) LEPARGNEUR : La loi nouvelle sur les sociétés à responsabilité limitée (J. S., 1925, mai et juin).

(42) DROUETS, op. cit., n° 142 ; PIC et BARATIN, n° 231.

(43) DROUETS, n° 402.

(44) Voir pp. 192 et suivantes.

(45) DROUETS, n° 144.

(46) PÉRCEROU : « Les Sociétés à responsabilité limitée » (*An. Droit Commercial*, 1925, p. 94).

4° La présomption de faute peut être rejetée en faisant la preuve qu'aucune négligence n'a été commise ⁽⁴⁷⁾.

5° La plupart des auteurs admettent que la répartition définitive de la condamnation prononcée doit se faire suivant la gravité des fautes de chacun ⁽⁴⁸⁾.

6° Le fondement de la responsabilité de l'article 8 étant une faute délictuelle ou quasi-délictuelle, les personnes lésées ne disposeront pas du choix entre l'article 8 et l'article 1382 pour poursuivre les associés. Dans le cas particulier de faute par majoration d'apport, les règles de responsabilité seront uniquement celles que les auteurs croient pouvoir dégager.

2° *Obligation de garantie solidaire imposée par la loi aux associés fondateurs.* — Cette thèse, séduisante au premier abord, a été soutenue par M. Desbois dans un article intitulé : « Les apports en nature dans les sociétés à responsabilité limitée », paru dans la *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence* (1929, pp. 302 et suivantes).

D'après M. Desbois : « Les associés ne seront plus tenus en raison d'une faute démontrée ou présumée mais en tant qu'associés parce que la loi les astreint à fournir la garantie du capital déclaré en adhérant au pacte ⁹ ». Les conséquences que M. Desbois tire de son système sont les suivantes :

1° Puisqu'il n'y a pas présomption de faute, il n'y a pas, par là même, possibilité de preuve contraire, il suffit de constater la majoration pour que la garantie

(47) DROUETS, 142 ; LEPARGNEUR, 19 ; PIC et BARATIN, 177.

(48) DROUETS, 145 ; LEPARGNEUR, 19.

joue ; elle jouera quelle que soit la faible importance de l'exagération.

2° La mesure de la réparation à laquelle sont tenus les associés est la différence entre la valeur d'évaluation et la valeur réelle.

3° Les créanciers disposent, naturellement, en dehors de l'action qui leur est ainsi conférée, des actions en responsabilité basées sur l'article 1382 contre les associés coupables de faute en apportant ou en acceptant des apports majorés.

4° Les associés responsables ne sont pas les associés originaires mais les associés au jour où l'action est exercée.

5° Les incapables sont tenus comme les autres associés puisque la responsabilité de l'article 8 est attachée à la qualité d'associé et non à une idée de faute lors de la fondation.

6° Bien que M. Desbois n'ait pas envisagé ce point, il semble que l'on doive déduire de sa théorie que, si la majoration de l'un des apports est compensée par la minoration équivalente d'un autre bien apporté, il n'y a plus lieu dans son système, à garantie solidaire ; tout au plus restera-t-il aux tiers les recours que leur confère l'article 1382 du Code civil.

Ce système basé sur une idée de risque, évidemment séduisant au premier abord par sa simplicité d'application, ne nous satisfait pourtant pas et nous disons immédiatement que c'est dans l'idée de responsabilité délictuelle que nous recherchons le fondement de l'article 8.

Avant de parvenir à l'exposé de nos idées, nous

allons exposer les raisons pour lesquelles la thèse de M. Desbois ne nous satisfait pas.

Le premier reproche que nous ferons à la théorie de M. Desbois c'est qu'elle donne trop d'importance au mot capital, expression comptable derrière laquelle se cachent des réalités tangibles et seules intéressantes : les biens qui constituent l'actif social.

Si, comme le croyait l'honorable M. Richard, dans sa proposition de loi ayant pour but la suppression des Sociétés à responsabilité limitée, en cas de minoration des apports et dès lors du capital et de faillite ou liquidation judiciaire de la société, les créanciers devaient restreindre leur gage au chiffre énoncé du capital, il serait logique qu'inversement, en cas de majoration de la valeur attribuée aux apports les associés répondent de la différence entre la valeur nominale et la valeur réelle.

Mais il n'en est rien : le gage des créanciers, ce n'est pas le capital c'est l'actif social, c'est un fonds de commerce, du matériel, des marchandises, des espèces en caisse ou en banque, des créances commerciales ; cet actif a une valeur variable suivant la bonne marche des affaires sociales et également, selon les circonstances extérieures : état du marché, baisse ou hausse de la valeur des marchandises ou de l'argent.

Le capital, lui, constitue une simple indication, dont se contenteront les créanciers commerciaux courants, de la valeur de l'actif à la constitution, mais n'est pas, en fait, parce que les gens sont prudents, la source du crédit de la société : une société au capital de 20 millions dont l'actif net restant est nul, n'aura pas de

crédit, alors qu'une société au capital de 500.000 fr. qui aura acquis un actif net de 20.000.000 disposera d'un crédit bien supérieur au montant de son capital.

Le capital peut, pour une personne peu prudente ou mal informée servir de base au crédit consenti, mais seulement au début de la société, tant que les apports, dont on a fait connaître la valeur par la publication que l'on en a faite, figurent encore au bilan de la société. Une fois que cet actif s'est transformé, et c'est dans l'essence même d'une société de transformer son actif, il ne viendra à l'idée de personne de se reporter à l'évaluation des apports originaires pour rechercher à quel chiffre doit s'arrêter le crédit de la société.

Ce qui est grave dans le système de M. Desbois c'est que non seulement il supprime toute idée de faute, mais que, corollaire inévitable, il supprime toute nécessité d'un rapport de causalité entre le préjudice subi et la majoration de la valeur attribuée aux apports: en poussant le système, on aboutit à des conséquences inadmissibles du genre de celle-ci :

Une société a été constituée par des apports en numéraire et des apports en marchandises fortement majorés. La société réalise tout le stock originaire avec perte, mais peut se relever, combler sa perte, faire d'importants bénéfices, puis, tout à coup, moins de dix ans après la constitution, subir de grosses pertes par suite du manquement de ses débiteurs ou pour toutes autres raisons.

Les créanciers font la preuve de la majoration de la valeur du stock originaire, auront-ils le droit de de-

mander aux associés de verser à la masse le montant de la majoration, quand il résulte du simple examen des bilans successifs que la société n'a subi qu'une gêne passagère du fait de cette majoration et que sa mauvaise situation est entièrement indépendante de cette circonstance ?

Le simple fait de poser la question dicte la réponse, il est évident que pas un juge n'admettrait cette conséquence.

Second reproche qui peut être fait à la théorie de M. Desbois : le risque dont il grève la qualité d'associé est sans utilité pour les créanciers, ou, plus exactement, elle ne leur est d'aucune utilité lorsque le dommage est causé par la majoration ; elle ne pourrait leur servir que dans le cas de l'exemple pris plus haut où aucune relation n'existe entre la perte des créanciers et la majoration.

Nous avons vu que M. Desbois admet qu'en dehors de leur action en garantie, les créanciers peuvent toujours poursuivre pour réparation les associés fautifs.

Ils auront, si la preuve de la faute est aisée, tout intérêt à exercer l'action en responsabilité délictuelle qui leur procurera une réparation intégrale, plus étendue par conséquent que l'action en garantie.

Or, nous avons vu, sauf aux associés à prouver qu'ils ont été victimes d'une escroquerie de l'apporteur, ou de la négligence ou faute d'un expert, que l'article 1382 donnerait au créancier un recours solidaire contre tous les associés originaires, moyennant la simple preuve du fait que l'estimation faite dans l'acte de société présente par rapport à la valeur réelle

des biens apportés une majoration notable, supérieure à l'erreur à craindre.

Preuve excessivement facile puisqu'elle ne nécessiterait aucun autre élément que ceux qui seraient exigés pour l'exercice de l'action en garantie.

La théorie de M. Desbois déjà difficilement justifiable en équité, serait donc d'une utilité restreinte ; elle ne nous paraît donc pas fondée.

c) Recherche du fondement de la responsabilité de l'article 8.

Est-ce à dire que nous acceptons les théories que nous avons précédemment rangées sous la rubrique « Responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle ? ». Non.

Nous avons déjà dit que nous trouvions dans la faute délictuelle ou quasi-délictuelle le fondement de la responsabilité de l'article 8 ; mais, à la différence des auteurs cités, nous ne pensons pas, car rien dans l'article 8 ne permet de le justifier, que cet article édicte une présomption de faute : « présomption de faute » peut, selon la qualité de la présomption, avoir une double signification : si la présomption est simple, cela signifiera que ce sera à l'associé de prouver qu'il n'y a pas eu faute ; si la présomption est absolue, cela signifie qu'il ne lui sera pas possible de faire la preuve qu'il n'y a pas eu faute.

Or, il ne peut pas y avoir présomption absolue puisque l'article 1352 du Code civil n'admet aucune preuve contre les seules présomptions sur le fondement desquelles certains actes sont annulés ou l'action en

justice est déniée, catégories dans lesquelles ne saurait entrer la présomption de l'article 8.

Le seul effet de cet article serait donc de donner à l'associé la charge de prouver qu'il n'a commis aucune faute, nous ne le pensons pas.

Nous ne pensons pas que l'article 8 édicte une présomption de faute ; à notre avis, le tiers poursuivant devra apporter la preuve qu'une faute a été commise ; peu importe la facilité de cette preuve, la charge lui en incombe ; en fait , nous avons vu que cette preuve résultera du seul fait que les apports auront été exagérés plus que cela n'était à craindre de la part d'une personne prudente.

A notre avis, l'article 8 édicte une présomption non de faute, mais de responsabilité ou, plus exactement, une présomption d'imputabilité de la faute aux associés existant au jour où l'action est intentée. Cette présomption d'imputabilité est absolue, irréfragable, à l'égard des tiers ; elle ne joue pas, au contraire, entre les associés. Cette présomption d'imputabilité, comme nous l'avons vu est une extension à tous les cas de la situation normale : situation qui est la responsabilité solidaire de tous les associés originaires.

Accessoirement, nous pensons que l'article 8 édicte une limitation de la responsabilité à l'exagération des valeurs attribuées, de telle sorte que cette responsabilité qui a tellement effrayé les commentateurs de la loi, apporte, dans un certain sens, une atténuation à la responsabilité qu'auraient encourue les associés sans cet article.

1° *Justification de notre théorie de présomption d'imputabilité de la faute aux associés existant au jour où l'action est intentée.* — Nous justifions notre opinion par le fait que le législateur a dit à l'article 8 « les associés sont responsables » alors que l'article 10 prend la précaution de restreindre la responsabilité découlant de la nullité « aux associés auxquels la nullité est imputable » et que l'article 37, édictant le délit de fausse déclaration de répartition des parts dans l'acte, parle « des fondateurs ».

Que déduire de ces différences d'expressions si l'on veut attacher aux mots une signification précise, sinon que, tout d'abord, les associés responsables n'étant pas les fondateurs, ne peuvent être que les associés existant au jour de l'action ; ensuite, que tous les associés sont indifféremment considérés comme responsables ?

La responsabilité de l'article 8 de la loi du 7 mars 1925 est, à notre avis, similaire à celle que l'article 1386 met à la charge du propriétaire du bâtiment.

De même que « le propriétaire d'un bâtiment est « responsable du dommage causé par sa ruine lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par vice de construction » même si ce vice de construction est imputable à un précédent propriétaire de l'immeuble ou à une faute de l'architecte ou de l'entrepreneur ; de même, au regard des créanciers, l'associé est responsable du dommage résultant de la majoration de la valeur attribuée aux apports en nature, même si cette majoration est due à une faute d'un autre associé, d'un précédent titulaire des parts,

ou de l'expert qui avait été chargé d'apprécier la valeur de l'apport.

Bien entendu, l'associé condamné qui ne serait pas personnellement fautif pourrait se retourner contre son associé, le premier titulaire de ses parts, ou l'expert fautif.

Mais, même dans le cas où le propriétaire du bâtiment n'est pas personnellement fautif, le fondement de la responsabilité de l'article 1386 réside dans une faute délictuelle ou quasi-délictuelle ⁽⁴⁹⁾ ; pour aboutir dans son action, le tiers devra prouver que la ruine du bâtiment n'est pas due à la force majeure ou au fait d'un tiers. Il en est de même en ce qui concerne l'exercice de l'action en responsabilité de l'article 8 où le créancier devra tout d'abord prouver la faute.

2° Montant de la réparation. — De droit commun, le créancier lésé par l'estimation exagérée de l'apport, aurait droit à l'indemnisation de tout le dommage directement causé par cette majoration.

Ce dommage pourrait, nous semble-t-il, être supérieur au montant de la majoration : c'est ainsi qu'un créancier peut accorder un crédit gagé à concurrence de moitié seulement sur le fonds de commerce social : ce fonds a été estimé 100.000 francs, il prêtera 200.000 et se fera accorder un nantissement sur le fonds. S'il avait su que le fonds ne valait que 50.000 il n'aurait accordé que 100.000 francs de crédit. S'il n'est pas payé, le préjudice résultant pour lui de la

(49) H. et L. MAZEAUD, 1070.

majoration de la valeur attribuée au fonds de commerce sera de 100.000 francs.

On a soutenu que le préjudice était nécessairement égal au montant de l'exagération en faisant le raisonnement suivant : si la ruine était arrivée alors qu'il n'y a pas eu d'exagération, le créancier aurait retiré 100.000 francs de la vente du fonds, puisque ce fonds ne vaut que 50.000 il ne retirera que 50.000 et son préjudice est de 50.000 donc de l'exagération de valeur.

Ce raisonnement est faux à notre avis : il prend ses bases sur des faits tout à fait hypothétiques : le prix de vente qu'aurait atteint le fonds si sa valeur originale avait été celle déclarée. Ce raisonnement est, en outre, dangereux ; il aboutirait à transformer les théories basant la responsabilité de l'article 8 sur l'idée de faute en une théorie très voisine de la théorie de la garantie et toute preuve de relation entre la faute et le préjudice deviendrait inutile : les créanciers chirographaires de la société en faillite pourraient dire : si, au début de la société on avait bien apporté 100.000 fr. de marchandises, et non 50.000 francs, l'actif qui nous sert de gage serait supérieur de 50.000 francs, par conséquent, par la faute des apporteurs, nous sommes lésés de 50.00 francs ; c'est faux car il n'est pas prouvé que la différence initiale de valeur se retrouverait à la liquidation ; il n'est pas certain que les associés n'auraient pas distribué les bénéfices supplémentaires qui auraient résulté pour la société du supplément d'apport ; il n'est même pas certain que la société serait tombée en faillite.

De droit commun, donc, le préjudice pourrait fort bien être supérieur à la majoration. Il ne semble pas qu'il puisse en être de même sous l'empire de l'art. 8.

Cet article dit : « Les associés sont solidairement responsables vis-à-vis des tiers de la valeur attribuée au moment de la constitution aux apports en nature ». Si nous comparons la rédaction de cet article à celle de l'article 10 qui lui aussi édicte une responsabilité dont nous entreprendrons plus loin l'étude, nous voyons que l'article 10 prévoit « que les associés... sont responsables solidairement entre eux... du dommage résultant de cette annulation ».

Il y a entre les deux articles une similitude de construction qui fait ressortir la différence de responsabilité : dans un cas, responsabilité de la valeur attribuée aux apports, dans l'autre, responsabilité du dommage résultant de l'annulation.

Ceci étant, il y a deux interprétations possibles de l'article 8 : l'une par laquelle on limite obligatoirement au montant de l'exagération l'étendue de la réparation due aux tiers, l'autre par laquelle on fixe forfaitairement, dans tous les cas, au montant de l'exagération l'étendue de la réparation, la responsabilité des associés serait identique à celle du propriétaire du navire qui, quelle que soit l'étendue du dommage, peut s'acquitter en l'abandonnant.

Personnellement, nous nous en tenons à la première interprétation, la réparation est égale au préjudice, mais est, au maximum égale au montant de la majoration.

A la différence de ceux qui verraient dans le mon-

tant de l'exagération le chiffre forfaitaire de la réparation, nous concluons que la responsabilité de l'associé doit tenir compte de la faute de la victime : le juge, saisi d'une demande en responsabilité, après avoir constaté que tous les éléments de responsabilité sont réunis, doit évaluer le préjudice ; il doit ensuite rechercher s'il y a faute de la victime et partager entre les associés et la victime la responsabilité du préjudice. Si la moitié, mise à la charge des associés est inférieure au montant de l'exagération, la condamnation sera égale à cette moitié.

Bien entendu, la majoration qui doit être retenue est, non la majoration globale des apports en nature, mais la majoration du bien, du fait de laquelle est né le préjudice.

III. — CONDITIONS D'EXERCICE DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ.

a) *Le créancier devra prouver l'existence d'une faute.*

En fait, cette preuve se borne à la preuve de l'existence d'une majoration de la valeur de l'un des biens apportés, dépassant l'erreur à craindre.

b) *Le créancier devra prouver le dommage.*

c) *Le créancier devra prouver le lien de cause à effet existant entre la faute (la majoration des apports) et le préjudice.*

IV. — PERSONNES RESPONSABLES.

Nous avons dit qu'à notre avis, par les associés le législateur avait entendu parler des associés au jour de l'instance uniquement.

Coexistence des actions basées sur l'article 8 de la loi du 7 mars 1925 et sur l'article 1382 du Code civil.
—A notre avis, les créanciers lésés par l'évaluation exagérée d'un apport en nature disposeront concurremment des actions basées sur l'article 8 et sur l'article 1382 du Code civil (il est d'ailleurs admis en règle générale que, lorsque une victime se trouve en face d'une personne présumée responsable, elle peut toujours recourir directement contre le véritable responsable à charge, naturellement, de démontrer sa responsabilité) ⁽⁵⁰⁾.

Les personnes mises en cause ne seront pas les mêmes selon l'article sur lequel sera fondée l'action : nous venons de voir que, dans le cas d'action basée sur l'article 8, les personnes contre lesquelles sera dirigée l'action seront tous les associés au jour de l'action ; basée sur l'article 1382, la réclamation sera dirigée uniquement contre des associés originaires.

Les conditions d'exercice des deux actions ne seront pas les mêmes : lorsque l'action sera fondée sur l'article 1382, nous l'avons vu précédemment, le poursuivant devra démontrer la faute *personnelle* de chacune des personnes qu'il poursuit.

L'étendue de la réparation ne sera pas non plus la

(50) Voir H. et L. MAZEAUD, 1656.

même, alors que l'action basée sur l'article 8 ne peut aboutir à une condamnation supérieure à la majoration des apports, l'action basée sur l'article 1382 aboutira, lorsque le préjudice sera supérieur à la majoration, à la réparation intégrale ⁽⁵¹⁾.

Enfin, conséquence importante, les règles de prescription ne seront pas les mêmes : la responsabilité du fait de l'article 8 s'éteint dix ans après l'apport et ce délai préfixe ne supporte aucune cause de suspension. Lorsque l'action sera au contraire basée sur l'article 1382, seule la prescription trentenaire sera applicable cette prescription courra du jour où il y a eu préjudice et pourra être suspendue pour toutes les causes de droit commun.

Les deux actions présentent donc leurs avantages respectifs, bien entendu elles pourront être simultanément exercées lorsque, au jour où elles seront intentées, il se trouvera, à côté d'associés originaires, des associés ayant acquis leurs parts postérieurement à la constitution.

V. — RÉPARTITION DE LA RESPONSABILITÉ.

La présomption de responsabilité de l'article 8 ne joue qu'à l'égard des tiers ; mais, à l'encontre de ses associés, l'associé qui a été condamné peut faire valoir sa bonne foi en démontrant qu'il a fait expertiser

(51) Voir en matière d'accident du travail : si l'accident est dû à la faute d'un tiers, l'ouvrier pourra en démontrant la faute de ce tiers, obtenir de lui une réparation intégrale du préjudice, supérieure à l'indemnisation forfaitaire que lui devrait son patron.

le fonds, qu'il a été victime des manœuvres de l'apporteur, qu'il a acquis des parts et que son vendeur doit lui être substitué. L'action se partagera par parts viriles entre tous les associés fautifs, l'expert qui a fait l'estimation peu sérieuse sera substitué aux associés qui l'auront chargé de l'expertise. Notons la conséquence curieuse qui en découle : supposons une société constituée entre un apporteur en nature et quatre souscripteurs espèces :

Si les souscripteurs espèces n'ont fait accomplir aucune expertise, la responsabilité se partagera par un cinquième et l'apporteur n'aura à supporter qu'un cinquième de la réparation.

Si les souscripteurs espèces ont été trompés par l'expert auquel ils avaient confié le soin d'évaluer l'apport, la responsabilité se partagera par moitié entre l'apporteur et l'expert ; l'apporteur aura à supporter la moitié de la réparation.

VI. — PRESCRIPTION.

Le dernier alinéa de l'article 8 prévoit que :

« L'action en responsabilité résultant des dispositions du paragraphe précédent, se prescrit par dix ans à partir de la constitution de la société. »

CHAPITRE III

SANCTIONS CIVILES DES DIVERS VICES POUVANT INFECTER LES APPORTS FAITS A UNE SOCIÉTÉ A RESPONSABILITÉ LIMITÉE

Nous venons d'achever le deuxième chapitre de cette étude par l'exposé des règles qui à notre avis, régissent la responsabilité de l'article 8 de la loi du 7 mars 1925.

Cette responsabilité entre en jeu au sujet de l'évaluation des apports en nature ; elle doit pourtant être distinguée des sanctions dont nous allons entreprendre l'étude dans les sections qui vont suivre : elle ne constitue pas, à proprement parler, la sanction d'un vice de l'apport, mais bien la sanction d'un défaut de l'évaluation de l'apport.

C'est, au contraire, aux vices propres des apports que s'attachent les sanctions, nullité de la société et responsabilité, dont nous allons maintenant entreprendre l'étude.

Les biens apportés à la société constituent, nous l'avons vu, l'objet d'une convention synallagmatique, la convention d'apport. Sans nous approfondir sur la nature de la convention sociale, ce qui nous entraînerait loin hors des limites de cette étude, nous avons pu dire que l'objet de ce que l'on appelle le « contrat » de société était la *mise en commun* des biens formant

l'objet des diverses conventions d'apport. Il est bien évident qu'en infectant la convention d'apport les vices qui en entachent l'objet ont une répercussion indirecte sur la validité du « contrat » de société lui-même.

Toutefois, en dehors des vices communs à tous les contrats qui peuvent atteindre l'objet de la convention d'apport, il est, en matière de société à responsabilité limitée, des vices spéciaux, dont la sanction est, aux termes de la loi « la nullité de la société » et qui pourtant ne peuvent atteindre la convention d'apport elle-même.

Selon la nature du vice dont seront infectés les apports, la nullité revêtira des effets fort différents. Nous distinguerons deux sortes de sanctions de ces vices :

1° La nullité de droit commun venant frapper l'objet du contrat d'apport ;

2° La sanction, que la loi qualifie de nullité, spéciale à certains vices infectant les biens apportés et qui, par tant, ne sont pas susceptibles d'avoir une répercussion sur l'existence de la convention d'apport elle-même. En raison des effets différents que peut avoir cette « nullité », nous distinguerons, à l'intérieur de cette deuxième sanction, la nullité attachée à la non libération des parts par les apports, de la nullité attachée au défaut d'évaluation des apports.

SECTION I

ABSENCE OU NULLITE DES APPORTS EFFECTUES A UNE SOCIETE A RESPONSABILITE LIMITEE

Cette matière, qui n'est pas spéciale aux sociétés à responsabilité limitée a déjà fait l'objet d'une section du chapitre préliminaire de cette étude.

Nous nous bornerons à rappeler qu'en règle générale est nulle la convention d'apport ⁽¹⁾.

1° Portant sur un bien inexistant ou perdu avant que la propriété en ait été transférée à la société ;

2° Portant sur un bien fictif ;

3° Portant sur un bien inaliénable ;

4° Portant sur un bien appartenant à autrui.

La sanction de l'absence d'objet, ou, ce qui revient au même de sa fictivité ou du fait qu'il appartient à un autre que l'apporteur, est évidemment la nullité absolue de la convention d'apport. Quant à la convention sociale, elle-même, elle pourra être nulle pour défaut d'objet si tous les apports sont inexistants, car on ne peut mettre en commun ce qui n'existe pas, ou pour absence de cause si l'apport nul avait une importance telle que les autres associés n'auraient pas contracté s'ils avaient connu le vice qui l'infectait.

Dans tous les autres cas, la convention sociale subsistera entre les autres associés, il n'y a aucune raison pour l'annuler.

Les parts sociales de l'apporteur dont l'apport est annulé, lui seront retirées, le capital social sera réduit

(1) Voir *supra*, pp. 10 et suivantes.

et la société continuera valablement entre les associés restants.

La réduction de capital effacera, en outre, le vice spécial aux sociétés à responsabilité limitée et aux sociétés par actions qui infectait la société en suite de l'annulation d'un des apports : la non souscription intégrale du capital social.

Nous venons de voir que, dans certains cas, la nullité de la convention d'apport est susceptible d'entraîner la nullité pour absence d'objet ou de cause de la convention sociale ; cette nullité sera alors absolue et obéira, naturellement, à toutes les règles applicables aux nullités absolues :

1° Toute personne ayant intérêt à se prévaloir d'une nullité de ce genre sera admise à l'invoquer en justice soit sous forme d'action soit sous forme d'exception ;

2° L'acte nul ne pourra être confirmé par ceux de qui il émane ; il sera nécessaire pour que l'objet puisse être exploité, de constituer une nouvelle société ;

3° L'action par laquelle on fera valoir une telle nullité est imprescriptible ⁽²⁾.

SECTION II

VICES DES APPORTS SPECIAUX A LA SOCIETE A RESPONSABILITE LIMITEE ETUDE DE LA SANCTION DE CES VICES

I. — RAPPEL DES TEXTES.

Les apports effectués aux sociétés à responsabilité limitée doivent obéir à certains règles ; la sanction de

(2) COLIN et CAPITANT, I, p. 77.

ces règles est précisée par les articles 9 et 10 de la loi, que nous reproduisons ci-dessous :

Article 9 :

« Est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés
« toute société à responsabilité limitée constituée con-
« trairement aux prescriptions des articles 2, 4, 5, 6,
« 7 et 8. La nullité ne peut être opposée aux tiers par
« les associés. »

Article 10 :

« Lorsque la nullité de la société a été prononcée
« aux termes de l'article précédent, les associés aux-
« quels la nullité est imputable, sont responsables,
« envers les autres associés et envers les tiers, solidai-
« rement entre eux et avec les premiers gérants, du
« dommage résultant de cette annulation.

« Si, pour couvrir la nullité, les associés doivent
« être consultés, l'action en nullité ne sera plus rece-
« vable à partir de la date de convocation régulière de
« l'assemblée ou de l'envoi aux associés du texte de
« décision à prendre.

« L'action en nullité de la société ou des actes et
« délibérations postérieures à la constitution est
« éteinte lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister
« avant l'introduction de la demande, ou en tous cas,
« au jour où le Tribunal statue sur le fond en pre-
« mière instance. Nonobstant la régularisation, les
« frais des actions en nullité intentées antérieurement
« seront à la charge des défendeurs.

« Le Tribunal saisi d'une action en nullité pourra

« même d'office fixer un délai pour couvrir les nullités. »

« L'action en responsabilité, pour les faits dont la nullité résultait, cesse également d'être recevable lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister soit avant l'introduction de la demande, soit au jour où le Tribunal statue sur le fond en première instance, soit dans le délai imparti pour couvrir la nullité, et, en outre, que trois ans se sont écoulés depuis le jour où la nullité était encourue. »

« Les actions en nullité ci-dessus visées sont prescrites par cinq ans. »

II. — RAPPEL DES VICES SANCTIONNÉS PAR LES ARTICLES 9 ET 10.

Ces vices résultent de l'inobservation des prescriptions des articles 2, 4, 5, 6, 7 et 8 que nous allons passer en revue. Nous nous arrêterons ensuite à l'examen de celles de ces prescriptions qui ont trait aux apports.

Article 2 :

Une société à responsabilité limitée serait nulle si elle avait pour objet les assurances, la capitalisation ou l'épargne.

Article 4 :

Une société à responsabilité limitée serait nulle si :

a) elle n'était pas constatée par un acte soit notarié, soit sous seing privé.

b) si, l'acte étant sous seing privé, il n'était pas

dressé en autant d'originaux qu'il est nécessaire pour que l'un reste déposé au siège social et les autres à l'appui des diverses formalités requises.

c) si tous les associés n'intervenaient pas à l'acte en personne ou par des mandataires justifiant d'un pouvoir spécial.

d) si elle émettait pour son propre compte des valeurs mobilières quelconques.

Article 5 :

La nullité frappe encore la société à responsabilité limitée constituée avec moins de deux associés. Comme le remarque M. Jean Copper-Royer ⁽³⁾ la prescription de l'article 9 est sur ce point parfaitement inutile et résulterait suffisamment de l'article 1832 du Code civil.

Article 6 :

Est entachée de nullité la société à responsabilité limitée dont :

a) le capital n'est pas de 25.000 francs au moins ;

b) le capital n'est pas divisé en parts sociales de cent francs ou de multiples de cent francs.

Le capital est la valeur officielle, proclamée, des apports originaires ; il ne faut pas, nous l'avons déjà vu, confondre capital et actif social ; il s'ensuit que la sanction, du fait que l'actif social originaire est inférieur à 25.000 francs par suite de l'exagération de l'évaluation des apports en nature n'est pas la nullité

(3) Jean COPPER-ROYER, p. 107.

de la Société. Il s'ensuit également que la société constituée avec un capital de 25.000 francs n'est pas nulle si des pertes viennent diminuer son actif ; mais la société ne pourra, à peine de nullité, réduire son capital pour amortir les pertes.

Article 7 :

Est entachée de nullité la société à responsabilité limitée dont :

a) toutes les parts ne sont pas réparties entre les associés dans l'acte de société ;

b) toutes les parts ne sont pas intégralement libérées ;

c) les fondateurs n'ont pas déclaré dans l'acte que ces conditions sont remplies.

La libération des parts n'appelle d'observation qu'en ce qui concerne les apports en nature et nous avons vu quelle était, à notre avis, la signification qu'il fallait donner à cette notion de libération des parts correspondant à des apports en nature ; il convient, toutefois, de reprendre le jugement du Tribunal de commerce de Nantes, du 15 décembre 1930, déjà cité (4), ainsi que le commentaire qu'en fait M. Paul Cordonnier dans le *Journal des Sociétés* de 1934, pp. 99 et suivantes, car sans préjuger de la signification que nous donnerons au terme nullité, nous en déduirons le champ d'application respectif qu'il convient de donner, à notre avis, à la nullité de la société d'une part, et à la responsabilité solidaire de l'article 8, d'autre part.

Rappelons les faits : la société à responsabilité limi-

(4) Voir *supra*, p. 60.

tée Lemoine et Cie avait été constituée entre trois associés, au capital de 91.000 francs, constitué par l'apport conjoint d'un fonds de commerce dont les éléments incorporels étaient évalués à 36.000 francs, le matériel à 30.000 francs et une automobile de 25.000 francs ; l'acte spécifiait que l'apport était net de tout passif.

Contrairement à cette affirmation, la publicité de l'apport provoqua la déclaration de 108.000 francs de créances ; révéla, en outre, que le fonds était grevé d'une inscription de privilège de vendeur de 52.000 francs ; les fondateurs ne firent rien pour libérer l'apport ou demander l'annulation de la société conformément à l'article 7 de la loi de 1909.

Un jugement du Tribunal de commerce de Nantes ayant déclaré la société en faillite le 29 mars 1929, le syndic assigna le syndic de la faillite personnelle des associés aux fins, entre autres, de voir prononcer la nullité de la société.

La nullité avait, tout au moins dans la conception du demandeur, une conséquence importante : le premier gérant de la société à responsabilité limitée n'était pas associé, il n'aurait donc pas été touché par la responsabilité solidaire de l'article 8 qui ne s'étend qu'aux associés ; sa responsabilité était au contraire engagée si la nullité était prononcée, en vertu de l'article 10 de la loi du 7 mars 1925.

Pour résister à la demande en nullité, le gérant développait que... « seule constitue une cause d'annulation visée par l'article 9, l'infraction à l'article 8,

(4) Voir *supra*, p. 60.

« c'est-à-dire le défaut d'évaluation dans l'acte... que,
« d'autre part, l'existence d'un passif non déclaré...
« et ultérieurement découvert n'aurait pas pour con-
« séquence d'empêcher la libération des parts, mais
« constituerait seulement une majoration des apports
« en nature, sanctionnée par l'article 8 et non consti-
« tutive de nullité ; qu'en effet, l'article 7 ne dispose
« pas qu'à peine de nullité les apports en nature doi-
« vent être libres de tout passif ; que cette disposition
« prohibe seulement, en ce qui concerne notamment
« les apports en nature, toutes clauses d'apports fu-
« turs, l'appropriation à l'actif social de la chose
« apportée devant être immédiate ; qu'en fait, les 182
« parts ont été immédiatement réparties entre les
« trois associés, et que les éléments incorporels du
« fonds ainsi que le mobilier et le matériel ont été
« apportés effectivement à la société nouvelle, cet
« apport libérant intégralement les parts dans les
« termes de l'article 7... »

On voit bien les deux thèses en présence : celle du syndic, d'ailleurs mal exposée, disant que les apports n'étant pas libérés, il y a nullité ; celle du gérant disant : le passif grevant un apport n'est pas une cause de non libération des parts, par conséquent, la seule chose qu'il y ait lieu de rechercher est si la valeur nette des biens apportés était, au jour de la constitution, inférieure à la valeur énoncée, et, dans l'affirmative, de prononcer la responsabilité solidaire des associés conformément à l'article 8.

Le jugement du Tribunal, bien qu'il s'embarrasse pour plus de sûreté, semble-t-il, de considérations

étrangères à la question, entre autres fictivité de l'apport qui est effectivement une cause de nullité, mais, nous l'avons vu ⁽⁵⁾, de nullité absolue au sens commun de cette institution, semble avoir opté pour la première interprétation : voici les motifs de l'arrêt :

« ... Attendu que si l'on ne peut dire d'une façon
« générale qu'un apport ne libère pas les parts créées
« en représentation, par cela seul qu'il est grevé d'un
« passif et notamment d'un passif privilégié, encore
« faut-il, pour que l'obligation de libération intégrale
« des parts soit observée, que les charges grevant l'ap-
« port une fois déduites, cet apport conserve encore
« une valeur équivalente à celle qui lui a été attribuée
« dans le capital social, que cette condition ne se ren-
« contre pas lorsque, comme dans l'espèce, le passif
« qui grève l'apport, dissimulé dans l'acte de consti-
« tution, est supérieur à la valeur déjà surestimée qui
« lui a été attribuée, de sorte qu'en réalité, cet apport
« déclaré faussement net de toutes charges, non seu-
« lement ne représente pas pour la société et pour les
« tiers la valeur surestimée, mais alourdit au contraire
« la société d'un passif tel que, dès l'origine il lui est
« impossible de fonctionner normalement, et qu'elle
« risque de subir une éviction totale ; qu'il s'agit alors
« d'un apport qu'on peut qualifier de fictif que cette
« fictivité entraîne la nullité d'une société à respon-
« sabilité limitée pour non libération de parts, comme
« elle entraînerait la nullité d'une société par actions
« pour non libération des actions d'apport... »

(5) Voir *infra*, pp. 99 et suivantes.

M. Paul Cordonnier, dans le commentaire précité de l'arrêt s'élève contre les motifs qu'il développe :

« Quant à l'autre argument invoqué par le juge,
« à savoir *que la fictivité ou la majoration d'un apport*
« *en nature, dénonce la libération nulle ou insuffi-*
« *sante des parts sociales attribuées en contre-partie ;*
« défaut de libération interdit par l'article 7 et dont
« l'existence suffit à rendre la société nulle, il provient
« lui aussi d'une fausse compréhension de la loi.

« Il est exact qu'aux termes de l'article 7 de la loi
« de 1925, les sociétés à responsabilité limitée ne peu-
« vent être définitivement constituées qu'après que
« toutes les parts ont été libérées intégralement.
« Comme l'article 9 de cette même loi déclare nulle
« toute société à responsabilité limitée constituée con-
« trairement aux prescriptions de l'article 7, on pou-
« vait en effet se demander — c'était le cœur de la
« difficulté soumise au Tribunal — si la surestima-
« tion d'un apport en nature n'est pas, elle-même, et
« en tant quelle implique une libération seulement
« partielle des parts créées en représentation de cet
« apport, une cause d'annulation de la société. Ques-
« tion alors neuve en jurisprudence et non approfondie par la doctrine.

« Pour notre part, nous n'hésitons pas à penser que
« le jugement du 15 décembre 1930 déforme l'ar-
« ticle 7 de son sens et viole la loi lorsqu'il annule la
« société sous prétexte que la surestimation des ap-
« ports entraîne une libération incomplète des parts
« que les articles 7 et 9 prohibent à peine de nullité.
« Si telle était la signification de ces deux textes com-

« binés, l'évaluation majorée même de bonne foi,
« d'un apport en nature aurait toujours pour sanc-
« tion outre la responsabilité civile des associés ou gé-
« rants, l'annulation de la société.

« On vient de voir que cette double sanction serait
« contraire au texte et à l'esprit de l'article 8. Or, cet
« article étant le texte unique qui vise le cas d'une éva-
« luation des apports en nature contraire à la réalité,
« détermine dans les termes les plus clairs la sanction
« alors applicable ; une saine interprétation oblige
« à conclure que la règle explicite formulée par ledit
« article doit l'emporter sur l'induction toute gra-
« tuite que le Tribunal de Nantes prétend tirer de
« l'article 7, texte étranger à l'évaluation des apports
« en nature... »

Le commentateur déclare ensuite que l'article 7 a pour but d'interdire qu'un apport en nature, évalué dans l'acte à une somme déterminée soit rémunéré par des parts sociales d'un montant supérieur si le surplus n'est pas libéré en espèces immédiatement versées. (On se demande en quoi, au point de vue pratique, ce cas diffère de l'apport d'un fonds de commerce grevé de charges à sa valeur brute ; est-ce que dans les deux cas les parts sociales n'ont pas une valeur supérieure à la valeur de l'apport et ne seront libérées que lors d'un paiement ultérieur fait soit à la société soit à un tiers ?) et également que soit rémunéré par des parts sociales un apport d'industrie lequel par nature est successif (nous avons vu que le caractère successif de l'apport en industrie n'a rien à voir avec sa prohibition, car ce ne sont pas les apports, mais bien

les parts qui doivent être libérées aux termes de l'article 7).

Enfin, il reproche à la thèse du Tribunal de Nantes de présenter de graves dangers pratiques, puisque son adoption aboutirait, pense-t-il, à faire annuler toute société dans laquelle un apport aurait été, même de bonne foi et même pour une quantité infime surévalué.

A notre avis, tout ce raisonnement ne prouve rien car il part d'une base fausse : la demande soumise au tribunal ne visait pas, en effet, à faire annuler la société pour surestimation des apports, mais bien à faire annuler pour défaut de libération des parts sociales.

M. Cordonnier aurait donc dû se demander si ce qu'il prend pour une majoration de la valeur des biens apportés n'était pas un défaut de concordance entre la valeur des parts et la valeur actuelle des biens apportés du fait du défaut de libération intégrale des parts représentatives de ces apports.

C'est ce que nous allons faire en essayant de dégager le critérium qui permet de distinguer la part non libérée de la part surévaluée.

Une part n'est pas libérée, cela ressort du sens du qualificatif, lorsqu'il lui reste à recevoir, d'un événement ultérieur, le complément de la valeur qui lui a été attribuée.

N'est pas libérée, la part représentative d'apports en espèces dont le versement n'est pas intégralement effectué, la part représentative d'un apport grevé de charges, tant que ces charges n'ont pas été levées.

Quant à la valeur attribuée à la part, elle peut être

exacte, surestimée ou sous-estimée, mais cela est indépendant de la libération de la part.

Nous nous expliquons par un exemple :

Il est fait apport à une société d'un immeuble qui vaut 100.000 francs et est grevé d'une hypothèque de 50.000 francs.

Si en représentation de cet apport il est donné 50 parts de 1.000 francs, les parts sont correctement évaluées et libérées.

S'il est donné 75 parts, étant spécifié dans les statuts que l'apport est fait à la valeur nette, les parts sont surévaluées et libérées.

S'il est donné 75 parts étant spécifié que l'apport est fait à la valeur brute, les parts sont sous-évaluées si l'on estime que la promesse de libération de l'apporteur a la valeur d'une certitude, mais ne sont pas libérées.

Si, enfin, il est donné 125 parts, les parts sont à la fois surévaluées et non libérées.

Nous avons donné plus haut la définition de ce qui, à notre avis, constitue la libération des parts sociales.

Cette définition, permettant de distinguer les parts non libérées des parts surestimées, donnera le critérium de la délimitation des domaines respectifs de la nullité et de la responsabilité solidaire de l'article 8.

Lorsqu'on se trouve en présence d'une surestimation, cette surestimation est définitive, aucun événement postérieur volontaire ne viendra donner à l'apport une valeur égale à la part, si ce n'est une décision sociale de réduction de capital.

Au contraire, quand une part n'est pas libérée, normalement, et cela constituera sa libération, un événement indépendant de la volonté sociale : fait de l'apporteur ou fait d'un tiers, viendra donner à l'apport une valeur égale à celle de la part.

Il est normal que la sanction du défaut d'évaluation sérieuse et de la non libération soit différente :

En cas de défaut d'évaluation sérieuse, on ne contrevient à aucune disposition légale, spéciale aux sociétés à responsabilité limitée, puisque la loi n'a imposé aucun procédé de vérification des apports, la faute n'est donc que constitutive d'une responsabilité délictuelle similaire à celle de l'article 1382 du Code civil.

En cas de défaut de libération, on contrevient au contraire à une disposition légale : il est donc normal que cette infraction ait la nullité comme sanction.

A notre avis, par conséquent, la décision du tribunal de commerce de Nantes ne peut être qu'approuvée.

Nous terminons après cette digression l'examen des cas de nullité prévus à l'article 9.

Est nulle la société à responsabilité limitée dont

Article 8 :

l'acte ne contient pas l'évaluation des apports en nature.

L'évaluation dans l'acte est nécessaire si l'on veut que puisse jouer la responsabilité solidaire prévue par la suite de cet article, mais il faut limiter là les cas de nullité résultant de cet article, et nous ne pouvons

admettre l'opinion de M. Desfrenois ⁽⁶⁾ d'après lequel la nullité de la société pourrait être prononcée par application de l'article 9 lorsque la valeur des apports en nature est majorée.

En ce qui concerne les apports, sont donc sanctionnés de nullité de la société, les vices spéciaux suivants :

1° La non libération des parts par les apports en nature ou en numéraire ;

2° La non évaluation des apports en nature dans l'acte de société.

Nous faisons d'ores et déjà remarquer que, si la doctrine considère généralement que la sanction de ces deux faits doit être la même, il ne paraît pas en être ainsi à la lecture des articles 7 et 8 ; l'article 7 dit, en effet :

« Les sociétés à responsabilité limitée ne peuvent « être définitivement constituées », alors que l'article 8 plus simplement déclare :

« L'acte de société doit contenir... », sans paraître, à l'opposé du précédent, énoncer une sanction.

Nous retrouverons cette différence de rédaction dans la suite de notre travail, au cours de l'étude que nous allons maintenant entreprendre.

III. — ÉTUDE DE LA NULLITÉ INSTITUÉE PAR L'ART. 9

Cette matière, qui se rattache à l'étude générale des nullités des sociétés, a été magnifiquement explo-

(6) *Répertoire général du Notariat*, 1925, p. 41 ; voir contra Paul CORDONNIER, dans la première partie du commentaire à Nantes, 15 décembre 1930, précité.

rée par M. Hémard dans son ouvrage sur les nullités des sociétés et les sociétés de fait.

Cette étude a perdu une partie de son intérêt à la suite de la mise en vigueur du nouveau texte de l'article 10 de la loi du 7 mars 1925 qui a confirmé les solutions que l'on pouvait déjà tirer auparavant d'une étude logique de cette institution spéciale que constitue la nullité des sociétés.

a) *La plupart des auteurs ont voulu ramener les nullités de sociétés dans le cadre général de la théorie des nullités des conventions, théorie dont nous allons, tout d'abord, faire ce bref rappel :*

On divise généralement les nullités des actes juridiques en nullités absolues et nullités relatives.

Les nullités absolues, auxquelles nous rattacherons l'inexistence, sans entrer dans la controverse doctrinale existant sur le fait de savoir si les causes d'inexistence entraînent une sanction différente des causes de nullité absolue, peuvent tenir à deux catégories de causes :

1° Manque d'une des conditions de formation du contrat : absence de consentement, absence d'objet, absence de cause ;

2° Violation d'une disposition de la loi tenant à l'ordre public ;

Les caractéristiques de la nullité absolue sont, nous l'avons vu, les suivantes :

1° Toute personne ayant intérêt à se prévaloir d'une nullité de ce genre est admise à l'invoquer en justice soit sous forme d'action, soit sous forme d'exception ;

2° L'acte nul ne peut être confirmé par ceux de qui il émane.

3° L'action par laquelle on fait valoir une telle nullité est imprescriptible (1).

La nullité relative, au contraire, a sa cause autre part que dans la violation d'une règle tenant à l'intérêt général ; les principales causes de nullité relative d'un acte sont :

- les vices du consentement de l'auteur de l'acte,
- l'incapacité de l'auteur de l'acte.

La nullité relative est donc une mesure de protection des intérêts privés ; ses caractéristiques sont les suivantes :

1° Le droit de se prévaloir de la nullité ne revient qu'aux personnes que la loi a voulu protéger.

2° L'acte peut être confirmé par la personne à laquelle la loi a voulu réserver la faculté de demander l'annulation, dans les conditions de l'article 1338 du code civil.

3° Enfin, l'action en nullité peut se prescrire.

Les auteurs se sont en général efforcés de faire rentrer la théorie de la nullité des sociétés dans le cadre général des nullités des actes juridiques et, trompés par leur examen de la question, ont donné des solutions qui aboutissaient à des conséquences pratiques injustifiables qui ont longtemps retardé l'évolution de la théorie des nullités des sociétés et également l'évolution jurisprudentielle vers la reconnaissance de la capacité et des règles de fonctionnement applicables aux sociétés de fait.

(1) COLIN et CAPITANT, I, p. 77.

Un point paraît, en effet, bien certain : les formalités dont les lois de 1867 et 1925 imposent l'observation sous peine de nullité ne sont pas des mesures de protection d'un des contractants ; ce n'est pas pour protéger les associés que la loi de 1925 a imposé l'obligation d'évaluer les apports en nature dans l'acte de société.

Partant de ce principe, la plupart des auteurs ont conclu que la nullité des sociétés (nullité de l'article 7 de la loi du 24 juillet 1867 et de l'article 9 de la loi du 7 mars 1925) est une nullité absolue.

C'est là l'opinion de MM. Lyon-Caen et Renault ⁽⁸⁾, de MM. Houpin et Bosvieux ⁽⁹⁾, de M. Pic ⁽¹⁰⁾.

Au contraire, M. Jean Copper-Royer, dans sa thèse sur les sociétés à responsabilité limitée en droit français, voit dans la nullité des sociétés une nullité relative ⁽¹¹⁾ ; seulement, cet auteur n'admet pas le critérium que nous avons rappelé plus haut, de la distinction entre les nullités absolues et les nullités relatives, critérium fondé sur le caractère d'ordre public ou particulier de la formalité dont la loi sanctionne le non-accomplissement par la nullité de l'acte et ne donne, pour remplacer ce critérium, aucune autre définition.

Pour M. Jean Copper-Royer, la notion d'ordre public peut s'attacher aussi bien à la formalité dont le non-accomplissement entraîne la nullité absolue qu'à celle dont l'ignorance est cause de la nullité relative,

(8) LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 783.

(9) HOUPIN et BOSVIEUX, 7^e éd., 784.

(10) THALLER et PIC, II, 979.

(11) JEAN COPPER-ROYER, 34.

de telle sorte que les nullités des sociétés sont des nullités relatives auxquelles vient s'attacher une notion d'ordre public.

L'auteur explique de cette façon les caractéristiques des nullités de sociétés ; sa théorie n'a qu'un défaut : celui de ne présenter aucun critérium de distinction entre les deux familles de nullités, ou plus exactement, de ne comprendre d'une manière certaine dans les causes de nullité absolue, que les causes d'inexistence, absence de consentement, d'objet ou de cause ; ceci étant, il est évidemment aisé de baptiser nullité relative ce que tous les autres auteurs appellent nullité absolue, et d'en tirer des conséquences contraires à celles qui sont communément admises.

b) Pour M. Hémard, ce n'est que par pauvreté de notre langage juridique que la sanction de l'inaccomplissement des formalités imposées est appelée nullité ; cet auteur préférerait que l'on qualifie d'irrégularité l'état dans lequel est la société qui n'a pas observé les formalités légales ⁽¹²⁾.

c) C'est également notre opinion. On peut, toutefois, continuer à qualifier de nullité la sanction de l'article 10 en observant que cette nullité ne s'applique pas au contrat de société qui, comme tous les contrats, a ses causes de nullité absolue ou relative : absence de consentement, de cause, d'objet, vice du consentement, *mais à l'institution sociale qui naît de ce contrat*.

Cette nullité dont nous déterminerons plus loin les

(12) HÉMARD, p. 162.

caractéristiques est relative, ou plus exactement, comme les nullités relatives de conventions, constitue une mesure de protection d'intérêts privés ⁽¹³⁾. Seulement, il faut prendre garde : un contrat est un fait statique ; les intérêts en présence sont déterminés et limités, au contraire, une institution est un fait dynamique, ses effets sont, au jour de sa naissance, indéterminés quant à leur nature et quant à leur quantité, aussi, les intérêts qui devront être défendus par la sanction de la nullité de l'institution sont-ils indéterminés quant aux personnes qui en seront titulaires, personnes qui peuvent être très nombreuses :

Quels sont ces intérêts qu'il faut protéger ? La réponse est facile : ce sont ceux des personnes qui entreront plus tard en rapport contractuel avec l'institution et se heurtent aux caractéristiques de cette dernière.

Malgré la multitude des personnes intéressées par la nullité, on ne peut pas dire que la nullité soit d'ordre public, car seules les personnes entrant dans la catégorie peuvent invoquer la nullité : la preuve en réside dans les articles 7 de la loi de 1867 et 9 de la loi de 1925 qui interdisent aux associés d'opposer la nullité aux tiers, alors que l'une des caractéristiques de la nullité absolue, c'est de pouvoir être opposée par

(13) Voir dans le même sens l'opinion de M. Esmein (PLANIOL et RIPERT : *Traité pratique de Droit Civil Français*, t. VI, n° 291). M. Esmein dit... « c'est une erreur de voir dans les dispositions destinées à assurer la sécurité du commerce, une source de nullité du même ordre que celles qui sauvegardent la moralité et le bien commun. On se laisse entraîner par les mots « Crédit Public », mais les hésitations mêmes qu'on ressent à trancher le conflit entre les intéressés prouve qu'il ne s'agit que d'intérêts particuliers ».

chacun à chacun, la collectivité ayant intérêt à ce que l'acte soit annulé puisqu'il est contraire à l'ordre public.

Les intérêts privés à protéger sont, nous l'avons dit, ceux des personnes qui entreront en rapport contractuel avec l'institution société : il y a donc une similitude de plus avec la nullité relative des conventions qui ne peut jamais être opposée par une personne étrangère à la convention.

Mais quelle est la raison pour laquelle les intérêts des personnes qui entreront en rapport contractuel avec l'institution ont besoin d'être protégées ? Ne suffira-t-il pas que ces personnes puissent se prévaloir de la nullité des conventions passées dans le cas où il existerait une cause de nullité de ces conventions ? Non, car en poursuivant seulement la nullité de la convention passée, le contractant laisserait cette institution malfaisante, ou présumée telle, subsister avec tous ses dangers pour ceux qui contracteront plus tard avec elle. Il faut donc qu'il puisse faire disparaître l'institution elle-même par le prononcé de la nullité, prononcé qui institue une sorte de *capitis diminutio* qui impose la dissolution de la société.

Une institution n'est pas une personne physique qui se voit obligatoirement, dont on peut connaître la fortune ; une institution c'est un être artificiel, nous ne disons pas fictif, dont l'existence, la fortune, l'indépendance, la capacité, ont été déterminés par la volonté unilatérale des personnes qui l'ont fondée.

Par la création d'une société à responsabilité limitée, les associés décident unilatéralement que leurs

créanciers qui pourtant auront, en fait, traité avec le gérant, n'auront comme gage que le bien que les associés auront mis en société. Il faut donc, à peine de nullité de l'institution, que les personnes qui vont contracter avec elles en connaissent l'existence, la forme, la fortune ; ces points connus, il faut encore qu'ils soient assurés de la possibilité de réalisation de leur gage.

Pour défendre ces personnes et, en contre-partie des pouvoirs qui sont assurés aux futurs associés (pouvoir de restreindre unilatéralement le recours de leurs créanciers...) le législateur impose à ces futurs associés l'accomplissement de certaines formalités : l'inaccomplissement de ces formalités constitue à leur charge une présomption de dol ou de lésion qui permettra aux créanciers de demander la nullité de l'institution.

Il y a, toutefois, une différence avec la nullité relative des conventions qui tient à la différence même de nature existant entre les contrats et les institutions ; le contrat est, nous l'avons dit, un fait statique, il produit des effets entre personnes déterminées (effet relatif des conventions) et ce sont donc ces seules personnes déterminées qui doivent être protégées du dol, de la fraude ou de la violence ; en créant, au contraire, une société à responsabilité limitée, les associés imposent une restriction à l'exercice des droits de tous leurs créanciers futurs. S'ils commettent un dol dans la constitution de cette société, faudra-t-il attendre que l'un des créanciers ait été lésé pour débarrasser le monde des affaires de cet organisme dan-

gereux ? Evidemment non, et c'est là l'intérêt, nous venons de le voir, de pouvoir faire prononcer cette peine spéciale que constitue la nullité de la société, aussi sera-t-il possible à toute personne que la loi a cherché à protéger en exigeant l'observation de la condition ou de la règle sanctionnée de nullité ⁽¹⁴⁾ de demander cette nullité. Toutefois, si cette nullité est demandée alors qu'aucun dommage n'a encore été constaté, elle n'aura pour effet que de causer la dissolution de la société ; c'est là qu'intervient la notion de crédit public rappelée par M. Esmein (voir supra p. 118, n. 13) si la nullité de l'institution sociale n'intéresse pas l'ordre public, elle intéresse le crédit public, ce qui n'est pas la même chose. Il sera donc légitime que toute personne que la loi a cherché à protéger puisse demander cette nullité pour protéger ainsi le crédit public.

Autre différence tenant à la nature de l'institution : bien qu'infectée d'un vice qui en compromet la validité, l'institution a en fait existé ; appliquer le principe de la rétroactivité de la nullité conduirait à rendre complètement incertaines toutes les relations juridiques ; le remède serait pire que le mal, aussi est-il nécessaire que la nullité, agissant comme peut agir le prononcé de l'incapacité légale d'un individu condamné qui n'entache pas la validité des actes que cet individu a pu accomplir avant sa condamnation, entraîne une simple dissolution, sans effet rétroactif.

Il reste à préciser la notion d'institution sociale et

(14) HÉMARD, *op. cit.*, 437.

à montrer que les sociétés peuvent constituer des institutions de types différents selon qu'elles sont des sociétés de personnes ou des sociétés de capitaux, cette précision permettra de mieux dégager les effets de la nullité de la société.

Notions sur l'institution sociale

L'institution sociale se caractérise par le groupement de personnes dans un but déterminé : celui de réaliser des bénéfices par l'exploitation de l'objet social ; deux éléments sont nécessaires pour l'existence d'une telle institution : un contrat, ou plus exactement une convention, et des faits : une activité de toutes ou d'une partie des personnes ayant contracté et une affectation de tous les biens mis en société vers le but recherché.

C'est cette activité dirigée des personnes et des biens qui caractérise l'institution et la distingue des autres modes non institutionnels de groupement : pour emprunter une comparaison au domaine physique, l'institution sociale, c'est l'eau qui est projetée par une lance, la simple indivision qui n'est pas une institution, c'est au contraire l'eau qui repose.

La personnalité morale n'est pas l'institution, mais en est, dans certains cas, la conséquence : la personnalité morale, c'est la rigidité du jet d'eau opposée à la fluidité de l'eau qui stagne. Comme dans le domaine physique, ce mouvement de biens et personnes vers un même but crée un être en apparence un : la personne morale est sans doute la réunion de toutes les personnes physiques qui la constituent, mais la

réunion jusqu'à confusion, parce que toutes ces personnes agissent parallèlement dans le même but, de même le jet d'eau est la réunion de toutes les molécules de l'eau, mais constitue presque un objet propre doué de sa rigidité propre.

Quant au contrat, il sert avant tout à déterminer le but à atteindre et permet ainsi de distinguer l'institution sociale des autres groupements institutionnels.

Mais l'institution sociale n'est pas une ; selon le contrat qui lui sert de base, elle peut avoir une individualité plus ou moins distincte de celle des associés : on distingue ainsi les sociétés de capitaux des sociétés de personnes : comme le dit M. Hémard ⁽¹⁵⁾ « suivant la nature des sociétés (disons de l'institution sociale), il y a deux sortes de personnes morales » ; l'une qui correspond aux sociétés de personnes, l'autre aux sociétés de capitaux.

Ces deux formes de l'institution sociale correspondent à deux modes différents de conclusion du contrat

Le contrat social, dans les sociétés de personnes, se forme par le simple accord des associés ; peu importe que cet accord ait été constaté par écrit pourvu qu'il soit réel ⁽¹⁶⁾. Au contraire, l'institution sociale en matière de sociétés de personnes est la conséquence de toute une suite de contrats : contrat entre les fondateurs ou proposition unilatérale du fondateur, puis contrat d'adhésion des souscripteurs, enfin con-

(15) HÉMARD, 383.

(16) HÉMARD, 389.

trat collectif entre les souscripteurs qui deviennent des associés (17).

La société à responsabilité limitée, comme les sociétés de personnes, se forme par le seul accord des associés ; pourtant son autonomie patrimoniale est bien identique à celle des sociétés par actions ; suffira-t-il donc que la seule volonté des associés ait été exprimée pour qu'une société, constituée comme une société de personnes, acquière l'autonomie patrimoniale complète d'une société de capitaux ? Non, à notre avis, l'autonomie patrimoniale complète n'est acquise, aux termes de l'article 7 de la loi « qu'après que toutes les parts sociales ont été réparties entre les associés dans l'acte de société et qu'elles ont été libérées intégralement » (18) c'est la signification de la phrase « les sociétés ne peuvent être définitivement constituées qu'après... » par laquelle débute l'article 7.

Est-ce à dire qu'une société qualifiée de société à responsabilité limitée sera inexistante si les parts ne sont pas réparties ou ne sont pas intégralement libérées ? Non, car il n'y a aucune raison : l'institution sociale peut avoir à sa base une convention parfaitement régulière et l'activité sociale a parfaitement pu s'exercer, seulement, ces deux conditions ne per-

(17) HÉMARD, 390.

(18) M. HÉMARD (388) développe une idée similaire pour l'interprétation de l'article 7 ; cependant selon lui, la libération des parts est la condition de l'acquisition par une société à responsabilité limitée de la personnalité des sociétés de personnes. Nous ne comprenons pas cette solution. Pourquoi une société où l'accord de tous les associés est obtenu n'est-elle pas définitivement constituée comme société de personnes ?

mettent que la constitution d'une institution possédant une autonomie patrimoniale plus restreinte, du type de celle que possèdent les sociétés de personnes, La société dite à responsabilité limitée, dont toutes les parts n'ont pas été réparties ou libérées ne vaudra, jusqu'à accomplissement de ces formalités, que comme une société de fait de personnes.

Il n'en sera pas forcément de même dans les cas d'inobservation des formalités prescrites par les articles 2, 4, 5, 6 et 8, de même qu'en cas d'inobservation de l'obligation de déclaration de libération et répartition des parts dans l'acte, de même encore qu'en cas d'inobservation totale ou partielle des formalités de publication des articles 12, 13, 14 et 15. En effet, la société a pu, aux yeux de tout le monde, se présenter comme une société à responsabilité limitée et cette apparence, cette possession d'état de société à responsabilité limitée effacera l'effet normal de l'inobservation des formalités prescrites : à savoir la validité de la société comme société de fait de personnes seulement.

On en arrivera ainsi à la règle dégagée par M. Hémond ⁽¹⁹⁾ en cas d'inobservation de formalités autres que celles du premier alinéa de l'article 7 « la société de fait emprunte sa forme à la société qu'elle aurait dû constituer, si elle avait été régulière pourvu qu'elle ait été publiée ou, à défaut de toute publication, pourvu qu'elle se soit présentée aux tiers sous la même forme ».

Le vice infectant la société ne jouera donc, au point

(19) HÉMOND, 400.

de vue de l'autonomie patrimoniale de l'institution sociale, que comme une présomption simple d'irrégularité : les associés pourront écarter cette conséquence de la nullité par la simple preuve du fait que la société s'est toujours présentée comme une société à responsabilité limitée. Dans le cas d'inobservation de l'obligation de répartition ou de libération, il y a au contraire une irrégularité qui produira toujours ses effets. quelle que soit la forme sous laquelle s'est présentée en fait la société, elle sera considérée comme société de personnes, comme une société de fait en nom collectif.

Il convient donc, pour nous en tenir aux vices spéciaux infectant les apports effectués aux sociétés à responsabilité limitée, de distinguer les effets de l'absence d'évaluation des apports dans l'acte de ceux de l'absence de libération des parts sociales par les apports effectués.

Avant d'exposer les caractères distinctifs de ces deux nullités, il convient toutefois d'en exposer les traits communs.

IV. — CARACTÉRISTIQUES COMMUNES DES NULLITÉS POUR DÉFAUT D'ÉVALUATION DES APPORTS DANS L'ACTE ET POUR DÉFAUT DE LIBÉRATION DES PARTS.

a) *Personnes qui peuvent invoquer la nullité :*

L'action en nullité appartient, selon nous, à toutes les personnes que la loi a entendu protéger ; ces intéressés sont les suivants ⁽²⁰⁾.

(20) HÉMARD, 438 et suivantes.

1° *Les créanciers sociaux* qui peuvent craindre que l'existence précaire de la société vienne à se rompre à un moment où la société éprouvera des difficultés à régler son passif .

2° *Le syndic de la faillite de la société* qui représente les créanciers ; toutefois, il n'aura intérêt à agir, le principal effet du prononcé de la nullité à savoir l'arrêt de la société, étant déjà obtenu, que dans les cas où la nullité permettra aux créanciers d'atteindre le patrimoine personnel des associés.

3° *Les associés eux-mêmes* : Toutefois, étant donné que la nullité quand elle est prononcée à la requête des associés n'est pas opposable aux créanciers, l'action en nullité qui leur est réservée constitue une simple action en dissolution anticipée ; cette action est d'ailleurs facile à justifier : le vice dont est infectée l'institution sociale rend excessivement précaire son existence ; il est donc logique qu'ils puissent devancer l'action d'un créancier nonobstant la durée de leur engagement.

4° *La société elle-même.*

Créanciers personnels. — Au contraire, à notre avis, les créanciers personnels des associés ne peuvent demander la nullité que du fait de leur débiteur par l'action oblique de l'article 1166 du code civil, l'action exercée étant celle qui est réservée aux associés n'est pas opposable aux créanciers sociaux ⁽²¹⁾. Nous devons pourtant signaler que l'opinion générale de la doctrine et de la jurisprudence, s'arrêtant à mi-chemin dans la voie de la reconnaissance de l'autonomie patrimoniale des sociétés de

(21) Dans ce sens HÉMAR, 444.

fait, reconnaît aux créanciers personnels des associés la qualité d'intéressés et leur permet de demander directement la nullité ; le prononcé de cette nullité leur donnant, dans l'opinion générale, le droit de rejeter le droit de préférence des créanciers sociaux sur l'actif de la société, solution détestable, causée par l'opinion que la nullité des lois de 1867 et 1925 est la nullité absolue du contrat de société, solution irrationnelle et dont les conséquences, poussées à l'extrême ne sauraient que nuire à la sécurité des relations commerciales.

b) *Exercice de l'action en nullité :*

La nullité doit être soit demandée par voie d'action, soit opposée par voie d'exception, mais elle ne peut être prononcée d'office par le juge car elle n'intéresse pas l'ordre public, au contraire, et cela vient corroborer notre opinion, le juge saisi d'une action en nullité, peut, même d'office, fixer un délai pour couvrir les nullités (article 10, loi 7 mars 1925, nouveau texte) : la nullité, si elle n'intéresse pas l'ordre public et ne peut donc être demandée par le juge, peut au contraire intéresser le crédit public : le maintien d'une société précaire peut être dangereux ce qui explique que tout créancier social, même non lésé, puisse demander la nullité d'une société. Par contre le prononcé de la nullité d'une société prospère, dont le vice ne fait courir aucun risque aux créanciers, pourrait porter atteinte aux associés et à leurs créanciers, aussi est-il logique que le juge dispose du pouvoir d'écarter la prétention du demandeur en nullité en faisant régulariser la société.

c) Effet commun des deux actions :

Nous l'avons dit, la nullité de l'institution sociale à cause du caractère dynamique, successif, de l'institution, ne peut avoir aucun effet rétroactif, aussi la nullité entraîne-t-elle simplement dissolution de la société, sans affecter la validité des conventions passées antérieurement.

Le jugement prononcé a autorité absolue. La nullité prononcée à la requête d'un intéressé est opposable à tous autres intéressés, tiers ou associés ; en effet, l'action qui est donnée aux intéressés leur est donnée non seulement dans leur intérêt mais également dans l'intérêt des créanciers autres, présents et à venir, dans l'intérêt du crédit public.

V. — EFFETS PROPRES A LA NULLITÉ POUR DÉFAUT D'ÉVALUATION DES APPORTS.

Comme nous l'avons vu précédemment, « la société de fait emprunte sa forme à la société qu'elle aurait dû constituer, si elle avait été régulière, pourvu qu'elle ait été publiée, ou, à défaut de publication, pourvu qu'elle se soit présentée aux tiers sous la même forme ».

En règle générale, et en particulier dans le cas de défaut d'évaluation des apports, la société annulée vaudra donc comme société à responsabilité limitée, par conséquent les créanciers sociaux n'auront pour gage que le patrimoine social.

VI. — EFFETS PROPRES A LA NULLITÉ POUR DÉFAUT DE LIBÉRATION.

A l'opposé de ce qui se passe dans le cas de nullité pour défaut d'évaluation, nous avons vu que l'institution sociale ne pouvant, en cas de nullité pour défaut de libération des parts, aux termes de l'article 7 être définitivement constituée, la société de fait ne vaut que comme société de personnes, société en nom collectif.

Les créanciers sociaux qui auront fait prononcer la nullité pour défaut de libération des parts par les apports auront donc un droit de préférence sur l'actif social et, de plus, entreront en concours avec les créanciers personnels des associés sur le patrimoine de ces derniers.

En bref, la limitation de responsabilité ne jouera pas.

Doit-on limiter au cas de défaut de libération cette sanction ? Nous ne croyons pas : nous avons vu que le motif de l'interdiction d'apports ne libérant pas les parts sociales était l'incertitude dans laquelle on se trouvait de pouvoir obtenir l'exécution en équivalent à défaut d'exécution en nature ⁽²²⁾. Par identité de motif, l'institution sociale présentée comme société à responsabilité limitée ne vaudra que comme société de fait en nom collectif chaque fois que, parmi les apports se trouvera une obligation de faire ou un apport successif dont l'exécution en nature n'est pas assurée en cas de manquement de l'apporteur ⁽²³⁾.

(22) Voir *infra*, p. 44.

(23) Voir *infra*, p. 45.

Avant d'abandonner ce chapitre, nous devons signaler que l'opinion que nous émettons n'est pas admise par la jurisprudence et par une partie de la doctrine.

La jurisprudence, nous l'avons dit, admet les créanciers personnels parmi les personnes intéressées à demander la nullité. Elle admet également le concours des créanciers sociaux et des créanciers personnels sur le fonds social ⁽²⁴⁾.

Ces opinions sont injustifiables, elles proviennent de l'assimilation de la nullité de la société à la nullité absolue d'une convention ; or, nous l'avons vu, le vice infectant la société n'entache pas la convention qui reste pleinement valable ; ceci étant puisque en règle générale, des débiteurs peuvent priver leurs créanciers de tous recours sur leurs biens par une aliénation (sauf cas de fraude, article 1167), pourquoi ne pourraient-ils pas également les priver de ce même recours par une mise en société librement consentie et faite sans intention frauduleuse ?

VII. — DISPARITION DES NULLITÉS POUR DÉFAUT D'APPRÉCIATION DES APPORTS OU DÉFAUT DE LIBÉRATION DES ACTIONS.

Cette matière était mal précisée par l'ancien article 10 de la loi du 7 mars 1925, qui se bornait à préciser que « les actions en nullité et en responsabilité se prescrivent par dix ans ». La doctrine comparant ce texte à celui de l'article 8 de la loi du 24 juillet 1867 tel

⁽²⁴⁾ HÉMAR, 555.

qu'il avait été modifié par la loi du 1^{er} août 1893, refusait presque unanimement d'admettre la possibilité de confirmer la société par la disparition de la cause de nullité ⁽²⁵⁾ ; seuls à notre connaissance, M. Hé-
mard ⁽²⁶⁾ et M. Jean Copper-Royer ⁽²⁷⁾ étendaient
aux sociétés à responsabilité limitée les solutions de
la loi de 1893.

Ces divergences sont actuellement sans objet, le
décret du 30 octobre 1935 ayant entièrement modifié
l'article 10 dont le texte est désormais le suivant :

« Lorsque la nullité de la société a été prononcée
« aux termes de l'article précédent, les associés aux-
« quels la nullité est imputable sont responsables en-
« vers les autres associés et envers les tiers, solidai-
« rement entre eux et avec les premiers gérants du
« dommage résultant de cette annulation.

« Si, pour couvrir la nullité, les associés doivent
« être consultés, l'action en nullité ne sera plus réce-
« vable à partir de la date de convocation régulière
« de l'assemblée, ou de l'envoi aux associés du texte
« des décisions à prendre.

« L'action en nullité de la société ou des actes et
« délibérations postérieures à la constitution est
« éteinte lorsque la cause de la nullité a cessé d'exis-
« ter soit avant l'introduction de la demande, soit au
« jour où le Tribunal statue sur le fond en première
« instance. Nonobstant la régularisation, les frais des

(25) LEPARGNEUR, 17 ; PIC et BARATIN, 221 ; AUGER et MICHEL,
10 ; DROUETS, 132 ; HOUPIN et BOSVIEUX, 1512.

(26) HÉMARD, 509.

(27) JEAN COPPER-ROYER, 34.

« actions en nullité intentées antérieurement seront
« à la charge des défendeurs.

« Le Tribunal, saisi d'une action en nullité, pourra
« même d'office fixer un délai pour couvrir les nul-
« lités.

« L'action en responsabilité pour les faits dont la
« nullité résultait, cesse également d'être recevable
« lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister soit
« avant l'introduction de la demande, soit au jour
« où le Tribunal statue sur le fond en première ins-
« tance, soit dans le délai imparti pour couvrir la
« nullité et, en outre, que trois ans se sont écoulés
« depuis le jour où la nullité était encourue.

« Les actions en nullité ci-dessus visées sont pres-
« crites par cinq ans. »

Le nouveau texte de l'article 10 de la loi du 7 mars 1925 constitue une réglementation similaire, à l'exception de la faculté nouvelle donnée au juge de fixer un délai pour la réparation de la nullité ; faculté dont nous avons déjà souligné l'intérêt, à celle que la loi du 1^{er} août 1893 avait instituée pour la réparation des nullités des sociétés par actions.

Dorénavant, l'action en nullité de la société est éteinte, sans controverse possible, lorsque avant l'introduction de la demande, ou même avant que le Tribunal ait statué en première instance, la cause de nullité a cessé effectivement d'exister.

Ces cas sont, en ce qui concerne les vices pouvant infecter les apports, les suivants :

1° Le fait d'évaluer dans un acte postérieur à la constitution les apports en nature effectués à l'origine de la société ;

2° La libération des parts par les apports ; par conséquent, le paiement par l'apporteur de la dette hypothécaire qui grève l'immeuble apporté, la libération de l'apport en numéraire libéré de partie seulement...

Sans être éteinte, l'action en nullité se trouve suspendue :

a) Lorsque, la nullité pouvant être couverte par une délibération sociale, l'assemblée aura été régulièrement convoquée, ou que le texte des décisions à prendre aura été envoyé aux associés.

En ce qui concerne notre sujet, seul le défaut d'appréciation peut être couvert par la convocation de l'assemblée, qui modifiera l'article des statuts relatifs aux apports.

Nous rappelons que, d'après la jurisprudence en vigueur pour les sociétés par actions ⁽²⁸⁾, pour que l'action en nullité cesse d'être recevable, il faut que la convocation soit régulière, c'est-à-dire conforme à la loi et aux statuts et qu'elle indique spécialement l'objet de la réunion.

b) Lorsque, faisant usage de la faculté qui lui est reconnue, le juge aura donné un délai pour couvrir la nullité, c'est-à-dire soit pour parfaire la libération des parts, soit pour insérer dans les statuts l'évaluation des apports en nature.

L'exercice des actions en nullité est seulement suspendu par la convocation de l'assemblée ou l'envoi du texte des décisions et par le délai octroyé par le

(28) Seine, 28 décembre 1904 (*J. S.*, 1905, 162) ; Seine, 20 janvier 1930 (*J. S.*, 1930, 670).

Tribunal ; pour que la nullité soit éteinte il faudra, naturellement, que la délibération de l'assemblée convoquée fasse disparaître l'irrégularité ou que les associés régularisent la situation pendant le délai qui leur a été imparti par le juge.

Effet rétroactif de la régularisation

La régularisation de la société produit sans nul doute un effet rétroactif au jour de sa constitution : l'article 10 dit que l'action en nullité est éteinte sans distinguer entre les actions des créanciers antérieurs à la régularisation et l'action des créanciers postérieurs ; d'ailleurs, le créancier qui a intenté une demande en nullité et est débouté parce que la cause de nullité a été couverte avant que le juge statue, est nécessairement antérieur à la régularisation.

Cette solution est facilement justifiable. Tout d'abord, nous avons fait remarquer que la nullité n'avait elle-même aucun effet rétroactif et laissait subsister toutes les conventions passées par la société.

Au surplus, le seul effet de l'action en nullité est, en règle générale, de provoquer la dissolution de la société. Il est nécessaire, si l'on veut donner effet à la régularisation, que cette dernière empêche l'exercice de l'action à tous les créanciers même antérieurs à cette régularisation : en effet, le jugement de dissolution qui pourrait être obtenu, après régularisation, par les créanciers antérieurs ayant un effet absolu, l'existence même de la société régularisée serait précaire jusqu'au jour de la disparition de toutes les créances antérieures à la régularisation.

Quant au cas de non libération des parts, qui permet aux créanciers d'atteindre le patrimoine des associés, le vice qui en résulte est évidemment sans importance dès qu'il a été couvert. Que peut importer aux tiers qu'un immeuble ait été hypothéqué, du moment que la société l'a utilisé normalement et que l'immeuble a été libéré avant que les créanciers aient exercé leurs poursuites ? Il reste pourtant le cas de non libération d'apports en espèces et il est évident que, pour suppléer au défaut de liquidité provenant de ce manque de libération la société a pu emprunter et grever ainsi de lourdes charges financières et être hors d'état pour cette raison de payer ses créanciers.

VIII. — PRESCRIPTION DE L'ACTION EN NULLITÉ

Le délai de prescription des actions en nullité a été ramené de dix à cinq ans par le décret du 30 octobre 1935.

Cette prescription, comme celle de la loi de 1867, doit être considérée comme un délai préfixe qui court sans possibilité de suspension du jour de la constitution de la société.

Est-elle applicable à toutes les actions en nullité ? Le texte de l'article 10 semble avoir une étendue générale ; pourtant, il nous paraît impossible d'appliquer au vice résultant du défaut de libération ou répartition des parts tout autre mode de régularisation que la libération ou la répartition effective.

La prescription de l'article 10 repose sur une présomption d'innocuité de la société ; or, comment, en

matière de non libération, pourra-t-on savoir si la société est inoffensive tant que l'apport n'est pas effectivement libéré ?

Il ne nous semble donc pas possible d'appliquer la prescription quinquennale au vice résultant de la non libération ou de la non répartition : d'ailleurs, ne trouve-t-on pas un argument dans ce sens dans le fait que l'article 7 dit : « les sociétés à responsabilité limitée ne peuvent être définitivement constituées... ».

Comment la société à responsabilité limitée pourrait-elle être régularisée par la prescription avant que sa constitution soit définitive ?

Nous en avons fini avec l'examen des différentes nullités qui peuvent résulter des vices résultant des apports. Il convient maintenant d'examiner la sanction instituée par l'article 10 : la responsabilité des associés auxquels la nullité est imputable.

Cela va faire l'objet de cette nouvelle section.

SECTION III

RESPONSABILITE RESULTANT DE LA NULLITE

Nous avons vu qu'aux termes de l'article 10, nouveau texte, de la loi du 7 mars 1925, « lorsque la nullité de la société a été prononcée aux termes de l'article précédent, les associés auxquels la nullité est imputable sont responsables envers les autres associés et envers les tiers, solidairement entre eux

« et avec les premiers gérants, du dommage résultant
« de cette annulation...

« L'action en responsabilité, pour les faits dont
« la nullité résultait, cesse... d'être recevable lorsque
« la cause de la nullité a cessé d'exister, soit avant
« l'introduction de la demande, soit au jour où le
« Tribunal statue sur le fond en première instance,
« soit dans le délai imparti pour couvrir la nullité et.
« en outre, que trois ans se sont écoulés depuis le
« jour où la nullité était encourue. »

Cette nouvelle rédaction suit plus fidèlement encore
que la précédente celle des articles 42 et 8 de la loi
du 24 juillet 1867.

I. — NATURE DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ARTICLE 10

La responsabilité qu'édicte l'article 10 de la loi
du 7 mars 1925 est-elle délictuelle ou contractuelle ?
Les principaux auteurs : MM. Pic et Baratin, Houpin
et Bosvieux... n'examinent pas la question, mais il
découle de leurs commentaires qu'ils considèrent
comme quasi-délictuelle ou délictuelle la responsabilité
encourue du fait de la nullité.

Ce n'est pas là l'opinion que M. Auger a exprimée
dans un article paru dans la *Revue des Sociétés* « au
sujet des sociétés à responsabilité limitée de quelques
points controversés » ⁽²⁹⁾.

M. Auger dit : « C'est une erreur et une grosse
« erreur de présenter comme délictuelle les respon-

(29) *R. S.*, 1927, p. 128.

« sabilités encourues par les associés du fait de la
« nullité de la société. C'est une responsabilité con-
« tractuelle. En souscrivant des parts, les associés ont
« pris l'engagement de mener à bien la constitution
« de la société ; ils ont manqué à cet engagement en
« ne remplaçant pas ou en les remplissant irréguliè-
« rement les formalités exigées par la loi, ils ont
« accepté que les tiers traitassent avec une société
« irrégulière, au risque de ne pas voir remplir ses
« engagements pour cause d'annulation. C'est donc,
« à tous les points de vue, une faute contractuelle
« qu'ils ont commise. »

Ce raisonnement ne tient pas à l'examen : à l'égard des tiers, la faute ne peut pas être contractuelle, car l'associé n'est lié à lui par aucune convention : les conventions sont passées entre la société et les créanciers, non entre les associés et les créanciers ; au surplus, la faute qui est reprochée aux associés n'est pas une faute effectuée dans l'exécution de la convention, elle ne peut donc être contractuelle.

Entre associés, il peut paraître à première vue en être autrement : seulement, il faut distinguer entre la responsabilité délictuelle qui incombe aux associés originaires qui n'ont pas apporté à la constitution tout le soin que l'on est en droit d'attendre d'un homme prudent et la responsabilité contractuelle découlant du contrat d'apport : l'apporteur, comme le vendeur, doit la garantie de la chose qu'il apporte : s'il a dit qu'il apportait un bien libre d'hypothèques et a reçu en contre-partie des parts sociales représentant une certaine valeur, il est contractuellement res-

ponsable envers ses associés et la société si le bien est, en fait, hypothéqué, et la société évincée.

Mais cette responsabilité n'est pas celle dont parle l'article 10 : c'est la responsabilité du contrat d'apport, non la responsabilité qui découle du prononcé de la nullité ; responsabilité qui a pour origine une faute délictuelle ou quasi-délictuelle et incombe non seulement à l'apporteur, mais encore à d'autres associés que nous allons maintenant délimiter. Au surplus, on ne voit pas pourquoi la responsabilité des gérants, qui ne peut être que délictuelle, aurait une nature autre que celle des associés.

II. — PERSONNES RESPONSABLES

La première question que soulève l'article 10 est celle de savoir *quelles sont les personnes responsables de la nullité*.

A la différence de la loi de 1867, qui déclare que sont responsables les « fondateurs » auxquels la nullité est imputable, la loi de 1925 déclare responsables les « associés » auxquels la nullité est imputable.

Une controverse s'est élevée sur le point de savoir si ce terme devait désigner tous les associés originaires, les « autres » associés étant alors les associés ultérieurs, ou seulement les associés qui ont pris une part réelle et effective à la constitution de la société ⁽³⁰⁾.

En faveur de la première solution, on invoque généralement l'opinion de M. Chapsal, rapporteur de la loi au Sénat, qui a déclaré, dans ses explications

(30) PIC et BARATIN, 233.

sur l'article 10 : « les associés visés par le texte sont évidemment les associés originaires qui ont tous concouru à la formation de la société ».

C'est également l'opinion de MM. Pic et Baratin ⁽³¹⁾, de Lepargneur ⁽³²⁾ ; par contre, l'opinion inverse est soutenue par M. Jean Copper Royer ⁽³³⁾, qui développe à l'appui de son opinion que l'on doit dans tous les cas rechercher si l'associé est responsable, même s'il s'agit d'un associé originaire, des arguments pour le moins inutiles.

Nous ne comprenons pas qu'une controverse ait pu s'engager sur ce point, car il n'y a pas moyen de discussion : le législateur a évidemment dit « les associés », mais l'article 4 de la loi dit que tous les associés doivent intervenir à l'acte en personne ou par mandataire justifiant d'un pouvoir spécial. Le contrat des sociétés à responsabilité limitée n'est donc pas, comme l'est celui de la plupart des sociétés anonymes, un contrat d'adhésion : tous les associés originaires doivent intervenir à l'acte ; ils sont donc à même de se rendre compte si les formalités prévues par les articles 2, 4, 5, 6, 7 et 8 ont été remplies ; ces formalités, ils n'ont pas le droit de les ignorer puisque nul n'est censé ignorer la loi ; ils commettent donc une faute de négligence s'ils signent un acte qui ne se conforme pas aux dispositions de ces articles et sont alors responsables de leur négligence. Il en résulte que l'article 10, en visant les associés responsables, vise par

(31) PIC et BARATIN, 223.

(32) LEPARGNEUR, 18.

(33) JEAN COPPER-ROYER, 36.

là même tous les associés originaires. M. Chapsal n'a fait qu'exprimer avec bon sens cette constatation. Il est impossible pour les tenants de la recherche individuelle de la responsabilité de trouver un seul exemple dans lequel l'associé originaire ou son mandataire (nous sommes dans un cas de responsabilité quasi-délictuelle) ne sera pas responsable.

Quant aux associés ultérieurs, pourront-ils être responsables ? Non, car il s'agit d'une faute délictuelle ou quasi-délictuelle qui, faute de disposition contraire, comme cela est le cas, à notre avis, pour la responsabilité qu'édicté l'article 8, ne saurait être transmise au cessionnaire de parts sociales.

Tout au plus pourrait-on, en faisant la preuve qu'il n'a pas ignoré la cause de la nullité, lui refuser tout recours contre les autres associés.

Sans que l'on ait donc à rechercher si le législateur a ou non entendu viser par l'article 10 les associés originaires et eux seulement, il se trouve qu'en fait tous les associés originaires seront, dans tous les cas, responsables des conséquences de la nullité.

Par une disposition similaire à celle de l'article 42 de la loi de 1867, qui, à côté des fondateurs, déclare responsables les administrateurs en fonction au moment où la nullité a été encourue, la loi de 1925 déclare responsables, avec les associés, les premiers gérants. Comme le remarquent MM. Pic et Baratin, la responsabilité de ces derniers s'explique aisément par le fait que leur premier devoir, en acceptant le mandat qui

leur est offert, est de s'assurer de la stricte observation des formalités légales ⁽³⁴⁾.

Par les premiers gérants, on doit comprendre, semble-t-il, non seulement les gérants nommés par les statuts, mais ceux qui auraient été nommés par une décision ultérieure des associés si les statuts n'avaient nommé aucun gérant.

III. — CONDITION DE LA RESPONSABILITÉ. — RAPPORT DE CAUSE A EFFET ENTRE LA NULLITÉ ET LE PRÉJUDICE.

Conformément aux règles communes de responsabilité, les associés originaires et premiers gérants ne sont responsables qu'autant qu'il existe une relation de cause à effet entre la nullité de la société et le préjudice subi par les tiers.

Certains auteurs nous semblent, toutefois, limiter exagérément les cas de responsabilité.

MM. Pic et Baratin, par exemple, déclarent ⁽³⁵⁾ :

« En d'autres termes les demandeurs à l'action en responsabilité doivent établir un rapport de cause à effet entre la nullité obtenue et la ruine de la société. D'où il suit que l'instance aboutira, suivant le cas, à l'une des trois solutions suivantes : au débouté pur et simple de l'action, si le rapport de cause à effet entre la nullité prononcée et le dommage allégué n'est pas établi ; à une condamnation égale à l'intégralité du passif social, s'il est prouvé au contraire que la ruine

(34) PIC et BARATIN, *op. cit.*, 224.

(35) PIC et BARATIN, *op. cit.*, 225.

de la société et son insolvabilité ont pour cause unique l'irrégularité initiale; ou, enfin (et ce sera l'hypothèse normale), à une condamnation limitée à une quote-part du passif arbitrée par le juge d'après les circonstances de la cause. »

Nous croyons que c'est là réduire exagérément la portée de l'action en responsabilité : la cause de nullité sera très rarement cause de la ruine de la société ; les seuls cas où cette ruine pourrait avoir pour cause l'irrégularité commise, sont le fait d'avoir constitué la société avec un capital inférieur à 25.000 francs ou encore le fait de n'avoir pas libéré les parts sociales ; encore faut-il remarquer que, dans ce dernier cas, les créanciers sociaux tireront de la nullité elle-même des recours presque aussi étendus que ceux que pourrait leur conférer l'action en responsabilité puisque le défaut de libération des parts sociales interdit à l'institution sociale la possibilité d'acquérir l'autonomie patrimoniale d'une société à responsabilité limitée.

En fait, les principales causes d'un recours en responsabilité exercé par les créanciers sociaux sont, dans le système généralement admis par la doctrine et la jurisprudence, système que nous avons rejeté, les dommages résultant pour eux du concours des créanciers personnels des associés sur les biens sociaux.

Pour nous, l'action en responsabilité pourra jouer dans les cas où les associés auront effectivement subi un dommage du fait, non de la nullité, mais de la cause de nullité qui infectait l'institution sociale, dans le cas également où la dissolution qui a suivi le prononcé de la nullité a entraîné la non-exécution des

conventions auxquelles s'était engagée la société ; enfin, dans les cas où le prononcé de la nullité aura eu pour effet de donner aux créanciers sociaux un recours sur les biens personnels des associés, l'action en responsabilité pourra être d'une grande utilité aux créanciers personnels des associés.

L'article 10 révèle donc deux actions en responsabilité dont la source est distincte :

Action en responsabilité pour le préjudice résultant du vice infectant l'institution sociale, d'une part ;

Action en responsabilité pour le préjudice résultant du prononcé de la nullité de la société, d'autre part.

L'article 10 soumet ces deux actions aux mêmes règles, ce qui est absolument injustifiable.

Nous reviendrons ultérieurement sur ce point.

IV. — SOLIDARITÉ DES PERSONNES RESPONSABLES

Pour les associés responsables, la solidarité s'explique, comme en matière de responsabilité pour majoration de la valeur des apports en nature, par le fait que chacun des associés est responsable du tout : chacun d'eux, soit en introduisant sciemment dans les statuts (délit), soit en ne relevant pas (négligence constitutive d'un quasi-délit) la cause de nullité, a été cause du préjudice qui a pu résulter de cette irrégularité. Il en est de même des gérants : sans doute ils n'ont pas été partie nécessairement à l'acte et ont pu être nommés ultérieurement ; mais leur premier devoir était de se rendre compte de la validité de l'acte de société et ils auraient dû relever la faute et subor-

donner l'acceptation de leur fonction à la réparation de cette faute ; en ne le faisant pas, ils ont permis à la société irrégulière de fonctionner et sont donc responsables de la totalité du dommage. En effet, il ne faut pas perdre de vue que le préjudice a été causé par une institution sociale : la faute commune des associés originaires a permis la conclusion du contrat, mais ce contrat non mis en application n'était rien, ne pouvait avoir aucun effet à l'égard des tiers, la faute des gérants qui ont permis à l'institution sociale de vivre, de fonctionner, a parfait le caractère dommageable de la cause de nullité que les associés avaient introduite dans le contrat. Les gérants doivent donc être considérés comme coupables *in solidum* avec les associés originaires, car l'abstention de l'un d'eux aurait suffi pour que l'institution sociale ne soit pas dommageable.

Partage de la responsabilité. — Selon les règles déjà exposées au sujet du partage définitif de la responsabilité de l'article 8, la condamnation devra, en définitive, se répartir par parts viriles entre toutes les personnes responsables. Cette répartition pourra se faire directement si la personne actionnée met en cause les autres personnes responsables ou au cours d'une instance ultérieure, lorsque la personne condamnée à réparer le préjudice se retournera contre les autres personnes responsables.

V. — CONDITIONS D'EXERCICE DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ.

Comme dans toute action en responsabilité, pour faute délictuelle ou quasi-délictuelle, les personnes qui

intentent l'action en responsabilité ont trois faits à démontrer :

a) L'existence d'une faute imputable à la personne poursuivie ;

b) L'existence d'un préjudice ;

c) La relation de cause à effet entre la faute et le préjudice.

a) *Preuve de la faute imputable à la personne poursuivie.*

Nous avons vu que cette preuve résulte du simple fait que les associés originaires et les premiers gérants ont laissé subsister dans leur contrat une cause de nullité de l'institution sociale. Un point que nous avons déjà souligné doit pourtant être précisé : selon que la responsabilité naîtra du prononcé de la nullité ou du dommage résultant de la cause de nullité, le fait à prouver sera le prononcé de la nullité de la société ou l'existence, dans l'acte originaire, d'un vice susceptible d'entraîner la nullité de la société.

b) *Preuve du préjudice.*

Ce préjudice peut être divers :

Dans l'opinion jurisprudentielle et doctrinale courante, il résulte principalement, pour les créanciers sociaux, de la disparition de leur droit de préférence sur l'actif social.

Pour nous, ce préjudice peut être :

Pour les créanciers sociaux : la ruine de la société causée par l'irrégularité,

— la dénonciation des obligations contractées par la société et résiliées du fait de sa dissolution.

Pour les créanciers personnels, dans tous les cas où la nullité ayant été prononcée, les créanciers sociaux ayant pu étendre leur recours aux biens personnels des associés, le préjudice résultant pour eux de ce recours dans le cas où il en est résulté l'insolvabilité totale ou partielle de leur débiteur.

Pour les associés ultérieurs le préjudice peut résulter :

— de la perte de gain légitimement escompté du fait de la dissolution anticipée de la société ;

— de la ruine de la société causée par le vice qui infectait la société.

— du recours que les associés auront pu exercer sur leur bien si, du fait du vice qui l'infectait, l'institution sociale n'a pu acquérir l'autonomie patrimoniale d'une société à responsabilité limitée.

Il est à remarquer que les associés ultérieurs seront généralement fautifs d'être entrés dans une société irrégulière et qu'il y aura lieu de procéder au partage de leur responsabilité avec la responsabilité solidaire des personnes que nomme l'article 10.

c) Relation de cause à effet entre la faute et le préjudice.

Cette preuve, aisée à fournir dans tous les cas où la nullité aura été prononcée, sera, au contraire, plus difficile dans le cas où l'on invoquera un préjudice résultant directement du vice ayant infecté le contrat, par conséquent, dans les cas où on prétendra que le vice est cause de la ruine de la société.

Dans la plupart des cas on aboutira seulement à prouver que le vice est une des causes de la ruine et à obtenir ainsi, comme le remarquent MM. Pic et Baratin ⁽³⁶⁾ une condamnation à la réparation d'une quote-part seulement du préjudice.

VI. — PRESCRIPTION DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ.

Le décret du 30 octobre 1935 introduisant pour les sociétés à responsabilité limitée un système analogue à celui que la loi de 1893 avait introduit en matière de sociétés par actions, oblige à distinguer deux situations :

a) *La nullité a été couverte ; délai préfixe de trois ans.*

Si, faisant usage de la faculté de régularisation qui leur a été reconnue par le décret, les associés font disparaître la cause de nullité ; l'action en responsabilité cesse en principe d'être recevable. Cependant, et de même qu'en matière de sociétés par actions, aux termes de l'avant-dernier alinéa de l'article 10 nouveau, l'action en responsabilité subsiste tant que trois années ne se sont pas écoulées depuis le jour où la nullité était encourue, c'est-à-dire depuis la constitution de la société.

Ce délai de trois ans constitue un délai préfixe opposable à tout demandeur.

b) *La nullité n'a pas été couverte.*

Dans ce cas, l'action en nullité se prescrivant par cinq ans, la responsabilité se prescrira par le même

(36) PIC et BARATIN, 225.

temps. Ce principe, logique en ce qui concerne l'action en responsabilité pour le préjudice résultant directement du prononcé de la nullité, est au contraire injustifiable en ce qui concerne l'action en responsabilité en suite de la ruine de la société causée par le vice infectant l'institution sociale. Pourtant, en ce qui concerne le vice de non libération des parts par les apports, nous avons déjà noté que la nullité qui en résulterait ne pouvait se couvrir que par la régularisation du vice; on doit donc décider que la responsabilité ne peut pas elle-même se prescrire par cinq ans; l'action obéira, tant que le vice ne sera pas couvert, aux règles de prescription du droit commun.

Une fois la cause de nullité couverte, étant donné la généralité des termes de l'article 10, nous devons conclure que l'action en responsabilité sera elle-même couverte, si toutefois trois ans se sont écoulés depuis la constitution de la société. Cette conséquence est absolument injustifiable, car la disparition de la cause de nullité peut intervenir après que le préjudice ait été causé. Il semble pourtant difficile de trouver dans les textes une raison de laisser subsister la responsabilité.

APPENDICE

MENTIONS RELATIVES AUX APPORTS DEVANT FIGURER DANS L'EXTRAIT PREVU PAR L'ARTICLE 14 DE LA LOI DU 7 MARS 1925.

I. — RAPPEL DES PRESCRIPTIONS LÉGALES

Aux termes de l'article 14, nouveau texte, de la loi du 7 mars 1925, l'extrait de l'acte constitutif devant

être publié dans le journal d'annonces légales ⁽³⁷⁾ doit mentionner :

« ...6° Le montant du capital social, le montant
« des apports en numéraire, ainsi que la description
« sommaire et l'estimation des apports en nature. »

L'ancien texte, moins explicite, se bornait à demander l'indication du montant du capital social, de l'espèce et de la valeur des apports en nature.

Le nouveau texte ajoute simplement à l'ancien l'obligation de mentionner le montant des apports en numéraire, cette indication était anciennement fournie par la déduction du capital de la valeur des apports en nature.

Il semble également que le nouveau texte exige plus de détails dans la description des apports en nature ; la question de savoir si la description faite est suffisante sera souverainement tranchée par les juges du fond.

Comme sous le régime de l'ancien article 14, il est inutile de faire connaître le détail des apports tant en nature qu'en numéraire effectués par chacun des associés, l'extrait a seulement pour objet de renseigner les personnes qui seront appelées à traiter avec la société sur l'étendue et la nature de leur gage.

II. — CONSÉQUENCES DU DÉFAUT D'INSERTION DES MENTIONS EXIGÉES PAR L'ARTICLE 14.

Le dernier alinéa de l'article 14, nouveau texte, modifiant le système précédent, déclare :

(37) On sait que les journaux d'annonces légales sont à Paris et dans la Seine, désignés chaque année par le Préfet (art. 23, décret du 17 février 1852) ; dans les départements la publication peut se faire dans tous les journaux se publiant dans le département.

« L'inobservation des formalités de dépôt et de
« publicité prescrites par les articles précédents et
« par le présent article entraînera la nullité de la
« société sous réserve des régularisations prévues à
« l'article 10, Toutefois, les associés ne pourront se
« prévaloir, vis-à-vis des tiers, de cette cause de nul-
« lité. »

Le système des nullités pour défaut de publicité est donc désormais le même que celui des nullités de constitution, alors que, jusqu'à la mise en vigueur du décret du 30 octobre 1935, la nullité pour défaut de publication n'était susceptible d'aucune confirmation et que la réparation tardive n'avait effet qu'à l'encontre des créanciers dont le titre était postérieur à la régularisation ⁽³⁸⁾. Actuellement, les règles de réparation pour vice de constitution sont applicables aux vices de publicité.

Une seule question se pose : Dans le cas où la nullité pour défaut de publicité n'a pas été réparée en temps utile, est-ce que les associés, pour repousser la demande, pourront opposer la prescription de cinq ans ?

Il ne semble pas, l'article 14 prévoyant la nullité sous réserve des *régularisations* prévues à l'article 10. Peut-on considérer la prescription comme une régularisation ? Il ne semble pas ⁽³⁹⁾. Un doute pourrait pourtant naître du fait que l'article 10 ne prévoit comme mode de régularisation que la disparition de la cause de nullité ; dans ce cas, pourquoi avoir rappelé les régularisations prévues à l'article 10 ?

(38) Voir HOUTPIN et BOSVIEUX, 7^e éd., n° 1674 et 1675.

(39) Voir H. BOSVIEUX : « Les nouvelles règles relatives à la publicité des sociétés commerciales » (J. S., 1936, p. 531).

CHAPITRE IV

SANCTIONS PENALES DE LA FAUSSE DECLARATION CONCERNANT LA LIBERATION DES APPORTS ET L'ATTRIBUTION FRAUDULEUSE D'UNE EVALUATION EXAGEREE A UN APPORT EN NATURE.

Examinant les articles 8 et 10 de la loi du 7 mars 1925, nous avons étudié les sanctions civiles des fautes commises dans l'évaluation des apports en nature et dans la libération des parts sociales.

Ces sanctions ne sont pas les seules qu'édicte la loi du 7 mars 1925 :

Les articles 37 et 38 de la loi prévoient, en effet, que ces délits peuvent, dans certaines conditions, devenir pénaux.

C'est à l'étude de ces deux articles que sera consacrée ce nouveau chapitre.

SECTION I

SANCTIONS PENALES DE L'ARTICLE 37 DE LA LOI DU 7 MARS 1925.

I. — RAPPEL DE L'ARTICLE 37

Nous ne nous arrêterons pas longuement à l'étude de cet article, qui est ainsi conçu :

« Sont punis d'une amende de 500 à 10.000 francs
« et d'un emprisonnement de quinze jours à six mois
« ou de l'une de ces deux peines seulement : les fon-
« dateurs qui ont fait dans l'acte de société une déclá-
« ration fausse concernant la répartition des parts
« sociales entre tous les associés ou la libération des
« associés ; les gérants qui, directement ou par per-
« sonne interposée, ont ouvert une souscription publi-
« que à des valeurs mobilières quelconques pour le
« compte de la société. »

Il ressort de la première lecture de cet article qu'il constitue et réprime deux délits entièrement distincts : délit de fausse déclaration concernant la répartition ou libération des parts, délit d'ouverture de souscription publique à des valeurs mobilières émises pour le compte de la société. Nous laisserons de côté ce dernier délit pour ne parler que du premier.

II. — CARACTÉRISTIQUES DU DÉLIT DE FAUSSE DÉCLARATION.

L'article 37, dont on ne trouve pas l'équivalent dans la loi du 24 juillet 1867, institue la sanction pénale des articles 7 et 8 de la loi du 7 mars 1925.

Les éléments du délit, ou plutôt des délits de fausse déclaration se décomposent en élément matériel et élément moral.

a) *Elément matériel.*

Déclaration dans l'acte de société concernant la répartition ou la libération des parts sociales.

Comme le remarque M. Garraud, il est nécessaire que l'acte de société contienne une déclaration. L'absence de déclaration, fût-elle volontaire et certainement explicable par la mauvaise foi des fondateurs de la société, ne saurait entraîner une sanction pénale (1).

b) *Elément moral.*

Fausseté de la déclaration, mauvaise foi des auteurs.

Le délit de l'article 37 est intentionnel : le mensonge des fondateurs doit avoir été fait de mauvaise foi : cet élément moral est constitutif de la distinction à établir entre les faits susceptibles d'entraîner seulement la nullité de la société et ceux qui, outre cette première conséquence, peuvent également entraîner la responsabilité pénale des fondateurs ; la mauvaise foi doit s'apprécier au moment où a été faite la déclaration fausse, par conséquent au jour de la constitution de la société.

III. — PERSONNES PUNISSABLES

La loi parle des fondateurs et l'on doit entendre par là, en règle générale, tous les associés originaires. Une première remarque s'impose : à la différence de l'article 10, l'article 37 ne déclare responsables généralement que les fondateurs et non les premiers gérants : ces derniers devraient, pourtant, à notre avis, être considérés comme complices s'ils étaient au cou-

(1) P. GARRAUD : « Le régime pénal des sociétés à responsabilité limitée » (*Recueil juridique des Sociétés*, 1927, p. 156 et suivantes).

rant du mensonge et de la mauvaise foi des fondateurs.

Deuxième point : la responsabilité pénale des fondateurs doit être appréciée individuellement, on ne doit punir que ceux des fondateurs qui ont su ce qu'ils faisaient.

Quand l'associé originaire a figuré à l'acte par mandataire, il ne peut être inculpé que s'il a su le mensonge qui allait être inséré dans l'acte. Quant au mandataire, que son mandant soit ou non inculpé, il pourra toujours être poursuivi comme complice s'il a connu le mensonge.

IV. — RÈGLES PÉNALES APPLICABLES AUX DÉLITS DE L'ARTICLE 37.

a) *Prescription.* — Aux délits de l'article 37 s'applique la prescription triennale de l'article 638 du Code d'instruction criminelle ; le point de départ de la prescription est la date de l'acte de société qui contient la déclaration mensongère.

b) *Tribunal compétent, déclenchement de l'action.* — Le Tribunal compétent est le Tribunal Correctionnel, il peut être saisi soit après instruction préalable, par ordonnance ou arrêt de renvoi, soit sans instruction préalable par citation directe du ministère public.

Contrairement à l'opinion exprimée par M. Garraud ⁽²⁾, nous estimons que le Tribunal ne peut pas être saisi du délit spécial de l'article 37 par cita-

(2) P. GARRAUD, op. cit.

tion de la partie civile. La personne victime des agissements des fondateurs ne pourra, à notre avis, et pour les raisons que nous exposerons plus loin en étudiant l'article 38, que se prétendre victime d'un délit d'escroquerie, et déposer une plainte motivée par l'article 405 du Code pénal.

c) *Tentative*. — Pour les raisons que nous développons au sujet de l'article 38, la tentative des délits de l'article 37 n'est pas punissable, car cette tentative constituerait un simple projet.

d) *Peines*. — Les peines des délits qu'institue l'article 37 sont l'amende de 500 à 10.000 francs et l'emprisonnement de quinze jours à six mois ou l'une de ces deux peines seulement. Les circonstances atténuantes et le sursis sont applicables ; la règle du non-cumul des peines devra s'appliquer en cas de concours d'infractions.

SECTION II

SANCTION PENALE DE L'ARTICLE 38 DE LA LOI DU 7 MARS 1925.

I. — RAPPEL DE L'ARTICLE 38

L'article 38 de la loi du 7 mars 1925 est ainsi conçu :

« Sont punis des peines portées par l'article 405
« du Code pénal, sans préjudice de l'application de
« cet article à tous les faits constitutifs d'escroquerie :

« Ceux qui ont, à l'aide de manœuvres frauduleuses, fait attribuer à un apport en nature une valeur supérieure à sa valeur réelle.

« Les gérants qui, en l'absence d'inventaires ou au moyen d'inventaire frauduleux, ont opéré entre les associés la répartition de dividendes fictifs. »

Cet article institue deux délits nettement distincts : le délit d'attribution aux apports en nature d'une valeur supérieure à la valeur réelle et le délit de distribution de dividendes fictifs.

Nous laisserons de côté ce second délit, dont l'étude ne rentre pas dans le cadre de notre sujet, pour n'étudier que le premier.

Le délit ainsi institué est la sanction pénale applicable dans certains cas à des faits dont l'article 8, que nous avons précédemment étudié, précise les conséquences civiles.

II. — DISTINCTION DU DÉLIT DE L'ARTICLE 38 ET DU DÉLIT D'ESCROQUERIE.

L'article 38 semble instituer un délit absolument distinct du délit d'escroquerie puisqu'il prévoit dans son premier alinéa que les faits constitutifs du délit d'escroquerie resteront passibles de l'application de l'article 405 du Code pénal.

Malgré cette rédaction catégorique, certains auteurs ont pensé que la seule distinction à faire au sujet des éléments constitutifs des deux délits résidait dans l'appréciation plus ou moins rigoureuse du fait constitutif des manœuvres frauduleuses : les manœuvres

frauduleuses prévues par l'article 38 s'apprécieraient d'une façon beaucoup plus large que celles qui sont nécessaires pour qu'il y ait délit d'escroquerie.

a) Nous croyons utile, pour prendre parti, d'exposer les caractéristiques du délit que sanctionne l'article 405 du Code pénal.

Cet article est ainsi rédigé :

« Quiconque, soit en faisant usage de faux noms
« ou de fausses qualités, soit en employant des ma-
« nœuvres frauduleuses pour persuader de l'existence
« de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit
« imaginaires, ou pour faire naître l'espérance ou
« la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout
« autre événement chimérique, se sera fait remettre
« ou délivrer des fonds, des meubles ou des obliga-
« tions... et aura, par un de ces moyens, escroqué
« ou tenté d'escroquer la totalité ou partie de la for-
« tune d'autrui, sera puni d'un emprisonnement d'un
« an au moins et de cinq ans au plus, et d'une amende
« de 50 francs au moins et 3.000 francs au plus. »

Le délit ainsi défini se décompose en quatre éléments ⁽³⁾ :

1° Les moyens employés pour engendrer l'erreur de la victime en surprenant sa crédulité ;

2° La remise de fonds ou tous autres actes énumérés par l'article 405 ;

3° Le préjudice ;

4° L'intention frauduleuse.

L'article 405 réprime également les tentatives d'escroquerie.

(3) GARÇON : *Code Pénal annoté*, art. 405, § 12.

Premier élément. — Moyens employés pour engendrer l'erreur de la victime

Ces moyens, énumérés limitativement, sont :

- l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité ;
- l'emploi de manœuvres frauduleuses en vue de persuader de l'existence de fausses entreprises d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaires ou en vue de faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique.

Nous approfondirons l'étude de ce dernier moyen.

La manœuvre frauduleuse doit soigneusement être distinguée du mensonge ⁽⁴⁾ : pour qu'il y ait manœuvre frauduleuse il faut que la personne qui s'y livre joigne à ses affirmations une mise en scène destinée à les appuyer : « Cette nécessité d'une mise en scène, dit M. Garaud, n'est pas la formule d'une législation empirique, mais l'essence même d'une escroquerie. Elle complète l'élément subjectif du délit parce qu'elle est le signe d'une plus grande astuce et d'une plus grande habileté du coupable ; elle complète aussi l'élément objectif parce que les apparences extérieures préparées dans le but de donner crédit au mensonge rendant excusable la crédulité de la victime à qui on ne peut reprocher d'avoir cédé à la simple affirmation du premier venu », alors que l'usage de faux noms et de fausses qualités parviennent au résultat cherché en inspirant à la victime un sentiment

(4) TCHERNOFF : *Traité de Droit Pénal Financier*, nouvelle édition, 1931, tome I, p. 487 et suivantes.

dont on n'a pas à se soucier, les manœuvres frauduleuses doivent arriver à ce résultat en inspirant à la victime la croyance à l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou la crainte d'un succès, d'un accident, ou de tout événement chimérique.

La mise en scène constitutive des manœuvres frauduleuses peut résulter d'une publicité mensongère, de l'intervention d'un tiers ayant un crédit propre, de la citation d'un tiers imaginaire.

Quelle que soit la latitude laissée au juge du fond pour apprécier s'il y a eu mise en scène, il sera nécessaire, pour que le dol civil se transforme en dol pénal, que le juge constate l'existence de cette mise en scène.

Au point de vue de l'intensité de l'erreur déterminée par les agissements frauduleux, la jurisprudence punit les manœuvres pourvu qu'elles réussissent, si grande que soit la crédulité de celui à qui elles s'adressent.

Deuxième élément. — La remise de fonds.

Cet élément, qui n'appelle aucune observation particulière, est celui qui distingue l'escroquerie de la tentative.

Il est pourtant un point sur lequel il faut attirer l'attention : c'est sur la relation de cause à effet qui doit exister entre l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité ou les manœuvres frauduleuses et le résultat obtenu ou que l'on pensait obtenir,

Troisième élément. — Le Préjudice.

Le préjudice est un élément indispensable du délit d'escroquerie ; toutefois, l'escroquerie ne disparaît pas par le seul fait que le préjudice a pu être réparé.

Le préjudice peut être matériel ou moral, peu importe.

Quatrième élément. — Intention frauduleuse.

Ce dernier élément n'appelle aucun commentaire particulier.

Mise en mouvement de l'action publique

L'action publique en répression du délit d'escroquerie peut être mise en mouvement soit par le ministère public, soit par la partie lésée ; nous ne nous étendons pas sur les divers modes de mise en mouvement de l'action, ce qui nous entraînerait fort loin hors des limites de cette étude, nous rappellerons cependant que, si l'action du ministère public en matière d'escroquerie n'est pas subordonnée au dépôt préalable d'une plainte par la partie lésée ⁽⁵⁾ néanmoins, la partie lésée peut par le dépôt d'une plainte entre les mains du juge d'instruction, avec constitution de par-

(5) Cr., 9 mai 1885 (*D. P.*, 86, 1, 89) ; 23 novembre 1901 (*D. P.*, 1904, 1, 571) (décisions citées par Répertoire pratique Dalloz, action publique, n° 55).

tie civile, mettre nécessairement l'action publique en mouvement.

*Application de l'article 405
en matière de délits concernant les apports*

S'il n'existe pas, à notre connaissance, de jurisprudence concernant l'application de l'article 405 du Code pénal aux faits délictueux des apporteurs dans les sociétés à responsabilité limitée, on peut, en faisant état de la jurisprudence existant en matière de société par actions, dire que seraient constitutifs du délit d'escroquerie, les agissements suivants :

Le fait de simuler la constitution d'une société au moyen d'apports fictifs, et d'obtenir ainsi des concours extérieurs dont la promesse avait été subordonnée à la constitution de la société ⁽⁶⁾.

Constituerait certainement un délit d'escroquerie le fait de présenter un rapport de complaisance sur les apports en nature fait par une personne en apparence indépendante et concluant à l'attribution à ces derniers d'un apport d'une valeur supérieure à leur réelle et d'obtenir ainsi des souscriptions en espèces ⁽⁷⁾.

b) Revenons maintenant à l'article 38 de la loi du 7 mars 1925. Il est probable que cet article a son utilité propre : nous allons la trouver en recherchant quels sont les éléments communs au délit qu'il institue et au délit d'escroquerie et les éléments qui, étant nécessaires pour qu'il y ait délit d'escroquerie ne sont

(6) Voir pour exemple en matière de sociétés par actions TCHERNOFF, 519 et suivantes.

(7) Voir Cass., 26 juin 1885 (*Sir.*, 85, 1, 521) (arrêt rapporté par TCHERNOFF, 526).

pas nécessaires pour que soit commis le délit que cet article réprime.

Un premier élément commun avec le délit d'escroquerie est l'emploi de moyens qui, comme les manœuvres frauduleuses de l'article 405 doivent être employés pour engendrer une croyance erronée de la valeur des apports (équivalente à la croyance en un crédit imaginaire), et comme corollaire à ce premier élément, un deuxième : l'intention frauduleuse.

Par contre, l'article 38 ne parle pas des deux autres éléments de l'article 405 : remise de fonds et préjudice.

La différence de rédaction des deux articles et, dès lors, de sens, mise en lumière par M. Tchernoff ⁽⁸⁾ apparaît plus nettement si, simplifiant l'article 305, on le met en regard de l'article 38 de la loi de 1925 :

ARTICLE 405

Sera puni d'un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus.

.....Quiconque en faisant usage..... de manœuvres frauduleuses..... pour persuader..... d'un crédit imaginaire.

.....se sera fait remettre des fonds..... et aura escroqué..... la fortune d'autrui.

ARTICLE 38

Sont punis des peines portées par l'article 405 du Code Pénal.....

Ceux qui ont, à l'aide de manœuvres frauduleuses.....

.....fait attribuer à un apport en nature une valeur supérieure à sa valeur réelle.

On le voit, l'attribution à l'apport en nature d'une valeur supérieure à la valeur réelle (qui équivaut à la persuasion d'un crédit imaginaire) au lieu d'être, comme dans l'article 405 un moyen, est le résultat pris

(8) TCHERNOFF, 451.

seul en considération, en dehors de toutes conséquences préjudiciables, pour la détermination du fait qu'il y a eu ou non délit.

L'article 405 vise, avant tout, à protéger des intérêts particuliers ; sans doute la société est-elle intéressée car, en dépassant les limites du Code civil pour se rendre coupable d'un dol pénal, le délinquant s'est livré à des agissements qu'il importe de réprimer. Au contraire, l'article 38 vise, avant tout à la protection du crédit public, il a pour but en rendant punissable des faits qui n'ont peut-être eu encore aucun résultat fâcheux, d'éviter justement que ces résultats fâcheux se produisent. Il décide que le simple fait d'attribuer à un apport en nature à l'aide de manœuvres frauduleuses (nous verrons plus loin comment il faut entendre ces mots) une valeur supérieure à la valeur réelle est punissable en dehors de toute considération du résultat obtenu : deux apporteurs constituent une société et attribuent une valeur exagérée à leurs apports, présentent aux banques des rapports fantaisistes justifiant cette valeur, obtiennent ainsi d'importants crédits, mais, hommes d'affaires avisés, sinon scrupuleux, gèrent d'une façon profitable les fonds qui leur sont ainsi confiés de telle sorte que les prêteurs ne subissent aucun préjudice : il serait impossible de les inculper pour escroquerie. Il sera possible, au contraire, de relever à leur encontre le délit de l'article 38 de la loi de 1925. La distinction de M. Tchernoff, logique, irréfutable, n'est donc pas comme l'a dit M. Garraud ⁽⁹⁾ tellement subtile.

(9) P. GARRAUD : « Le régime pénal des sociétés à responsabilité limitée » (*Recueil juridique des sociétés*, 1927, p. 156 et suivantes).

L'intérêt de l'article 38 dont l'équivalent fait défaut dans la loi de 1867, a été mis en lumière par anticipation par un arrêliste qui, commentant l'arrêt du Tribunal correctionnel de la Seine du 25 juillet 1910 (affaire Rochette) disait ⁽¹⁰⁾ : « La majoration des apports *peut être licite sinon loyale* quand rien n'a été dissimulé aux associés, ni de la personnalité réelle des apporteurs, ni des raisons qui ont motivé l'estimation proposée, ni de l'importance des commissions données aux intermédiaires... ».

En matière de sociétés à responsabilité limitée, quand elle n'est pas loyale, la majoration des apports est répréhensible, alors même qu'elle est connue de tous les associés et le manque de loyauté s'apprécie par le fait que cette majoration a été obtenue, ou a reçu un semblant de justification, à l'aide de manœuvres frauduleuses.

Les conséquences sont importantes ; nous savons qu'en règle générale, les Tribunaux peuvent être saisis d'un délit soit par la victime (action civile) soit par le ministère public (action publique).

Les conditions d'exercice de l'action civile sont : la justification d'un dommage personnel, l'existence d'un préjudice actuel.

Si ces conditions s'ajoutent à celles qui sont prévues par l'article 38, il y a escroquerie, par conséquent les personnes victimes de l'évaluation majorée donnée frauduleusement aux apports en nature ne peuvent que déposer une plainte en escroquerie ; autrement dit,

(10) *Gazette du Palais*, 28 juillet 1910 (décision et commentaires cités par TCHERNOFF, 528).

l'article 38 n'ouvre pas la possibilité d'une action civile distincte ; il serait contraire à la lettre de cet article de prétendre, comme semble le faire M. Garraud dans l'article précité, que l'article 38 établit un délit distinct de celui de l'article 405 par cela seul que le délit de l'article 38 est constitué alors même que les manœuvres n'auraient pas le caractère exigé pour l'existence de l'escroquerie.

Nous le répétons, les victimes des agissements frauduleux des apporteurs en nature ne peuvent se plaindre que d'une escroquerie et pour justifier leur plainte, ils devront prouver l'existence de manœuvres frauduleuses dans le sens où la jurisprudence entend ce terme, sens que nous avons rappelé plus haut.

Au contraire, pour l'exercice de l'action publique, l'article 38 constitue une aggravation à la situation de l'article 405 du Code pénal en ce sens que, pour qu'une poursuite soit déclenchée, il n'est pas nécessaire que tous les éléments de l'escroquerie soient démontrés.

III. — ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU DÉLIT DE L'ARTICLE 38.

Nous allons maintenant, approfondir les éléments du délit de l'article 38.

Ces éléments sont, nous l'avons vu :

- a) L'attribution à un apport d'une valeur supérieure à sa valeur réelle.
- b) L'emploi de manœuvres frauduleuses.
- c) L'intention frauduleuse, c'est-à-dire la mauvaise foi.

a) *Attribution à un apport en nature d'une valeur supérieure à sa valeur réelle.* — Ne tombent pas, par conséquent, sous le coup de la loi ni l'absence d'évaluation, résultât-elle d'une fraude, ni l'évaluation des apports à une valeur inférieure à leur valeur réelle ⁽¹¹⁾.

Par contre, nous n'admettons pas, avec M. Garraud, que la constatation d'une différence de valeur très minime pourrait, à la rigueur, justifier l'application de l'article 38 : si l'exagération est minime, si elle ne dépasse pas ce que nous avons appelé à un autre chapitre « l'erreur à craindre », la bonne foi et par conséquent l'absence d'intention frauduleuse se trouvera par là même démontrée.

Pour l'appréciation de l'exagération, les Tribunaux devront toujours se reporter à la date de la constitution de la société.

b) *L'emploi de manœuvres frauduleuses.* — Cet emploi résultera, comme en matière d'escroquerie, de la mise en scène accompagnant le mensonge. Il n'y a aucune raison d'admettre qu'il suffira d'agissements moins caractérisés qu'en matière d'escroquerie : comme dans ce délit, les manœuvres frauduleuses résulteront de la production de documents paraissant émaner de tiers indépendants : comptabilité tenue par un tiers, rapport d'experts... cette mise en scène est nécessaire ; en son absence, il y a dol civil mais non dol pénal.

Il semble résulter du texte (... à l'aide de manœuvres frauduleuses) que l'emploi de ces manœuvres

(11) P. GARRAUD, n° 55.

frauduleuses doit être la cause de l'admission de la valeur exagérée. Cette interprétation est erronée à notre avis. Il suffit que l'emploi des manœuvres frauduleuses soit concomittant et vienne à l'appui de l'évaluation : des fondateurs, tous d'accord, décident dans une intention frauduleuse de majorer leurs apports pour donner plus de vraisemblance aux chiffres qu'ils adoptent. ils font mention dans les statuts d'un prétendu rapport d'expert ou d'une comptabilité vérifiée par un tiers de complaisance ; le délit de l'article 38 est consommé ; pourtant, la manœuvre n'a pas été la cause de l'attribution de valeur, dans l'esprit des fondateurs, la manœuvre a simplement pour objet de donner plus de véracité à leur évaluation. A notre avis, donc, « à l'aide » doit s'interpréter comme signifiant non « grâce à... » mais : « avec l'aide de... ».

c) L'intention frauduleuse résulte de l'emploi des manœuvres frauduleuses.

IV. — RÈGLES PÉNALES APPLICABLES AU DÉLIT DE L'ARTICLE 38.

a) *Tentative.* — L'article 3 du Code Pénal décide : « les tentatives de délits ne sont considérées comme délits que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi ».

M. Garraud en conclut qu'en l'absence de toute disposition spéciale, la tentative du délit de l'article 38 n'est pas punissable.

Nous concluons de même, mais pour des raisons de simple logique. Les articles 37 et 38 de la loi du

7 mars 1925 instituant des délits consommés par le seul fait de l'accomplissement de certains actes dans certaines conditions, sans qu'il soit nécessaire de prendre en considération l'efficacité des actes qu'ils répriment, érigent en délit des actes qui peuvent fort bien être restés à l'état de tentative non encore précisée dans leur objet. Il serait donc injustifiable que l'on punisse les tentatives de ces tentatives de délits.

b) *Prescription.* — Au délit de l'article 38 s'applique la prescription triennale de l'article 638 du Code d'instruction criminelle. Le point de départ de la prescription est la date de l'acte contenant la fausse évaluation.

Remarquons que cette prescription ne sera pas opposable à la personne qui aura été lésée, postérieurement à l'échéance de ce délai de trois ans. En effet, si cette personne : un prêteur par exemple, est lésé par des manœuvres frauduleuses destinées à affermir sa croyance dans la juste estimation originaire des biens apportés, elle sera victime d'une escroquerie qui constituera un délit distinct de celui qu'avaient commis les associés au jour de l'apport, délit qui se prescrira par trois années à dater du jour où l'escroquerie a été commise.

Soulignons à ce propos une contradiction injustifiable dans l'interprétation que M. Pierre Garraud ⁽¹²⁾ donne de l'article 38. M. Garraud fait partir la prescription du jour où l'acte constatant l'apport permet à la partie lésée de saisir le Tribunal du délit : ceci

(12) P. GARRAUD, art. cité, n° 44 et 61.

est injustifiable ; si l'article 38 a institué un délit, distinct de l'article 405, qui donne ouverture à l'action civile, il n'est pas possible que la prescription parte du jour de l'acte, sans quoi, une personne lésée pourra être privée de son recours au lendemain du délit.

Nous le répétons, ces contradictions sont inévitables avec le système de M. Garraud ; au contraire, les conséquences que nous tirons sont logiquement déduites du fait que le législateur érige en délit des actes commis dans l'institution non encore précisée de commettre des délits.

c) *Peines.* — Les peines applicables au délit de l'article 38 sont celles de l'article 405 ; par conséquent, depuis le décret du 16 juillet 1935, l'emprisonnement est d'un an au moins et de cinq ans au plus et l'amende de 1.000 francs au moins et de 10.000 francs au plus.

Comme en ce qui concerne les délits institués par l'article 37, les circonstances atténuantes sont applicables et les auteurs du délit peuvent bénéficier de la loi de sursis. La règle de non cumul des peines devra s'appliquer en cas de concours d'infraction.

Etant donnée la généralité des termes de l'article 38 on doit aussi décider que doit s'appliquer la nouvelle disposition de l'article 405 prévoyant l'interdiction des droits mentionnés à l'article 42 du Code Pénal, pendant cinq ans au moins et dix ans au plus, à compter du jour où le coupable aura subi sa peine ; le tout, sauf les peines les plus graves s'il y a eu crime de faux.

CHAPITRE V

LES APPORTS EFFECTUES EN COURS DE SOCIETE AUGMENTATION DE CAPITAL DES SOCIETES A RESPONSABILITE LIMITEE

Avec le chapitre qui précède, nous venons de terminer l'examen des règles concernant les apports effectués aux sociétés à responsabilité limitée. Bien que ces règles soient générales et s'appliquent aussi bien aux apports effectués à l'origine de la société qu'à ceux qui sont faits au cours de son existence, il convient d'étudier leur application à cette dernière catégorie d'apports. Cette application étant susceptible de produire parfois des conséquences légèrement différentes de celles que nous avons déjà dégagées.

A la fin de ce chapitre, nous étudierons un récent arrêt de Cassation relatif aux transformations en sociétés à responsabilité limitée de sociétés d'autre forme ; bien que n'intéressant pas précisément les apports effectués à la société cet arrêt doit, en effet, être cité dans cette étude par l'application nouvelle qu'il fait de règles que nous avons précédemment étudiées.

SECTION I

DE L'AUGMENTATION DE CAPITAL

Nous avons déjà, au cours de l'étude générale des apports effectués aux sociétés à responsabilité limitée, parlé maintes fois des apports effectués en augmentation de capital, et constaté que les règles applicables à la constitution du capital originaire devaient également s'appliquer aux augmentations de capital ; la règle ne fait aucun doute bien que le législateur n'ait pas jugé nécessaire de la préciser.

Il convient, cependant, de passer en revue les différents chapitres de cette étude car si les règles étudiées doivent s'appliquer, les modalités d'application de ces règles pourront être différentes selon qu'il s'agit d'apports originaux ou d'apports effectués en cours de société.

I. — APPORTS EN ESPÈCES.

Les règles que nous avons dégagées au sujet des apports en espèces doivent être maintenues ; toutefois, lorsque les apports sont effectués en cours de société, on doit tenir compte du fait que la société, personne morale et sujet de droit, existant avant que soit fait l'apport, la libération peut fort bien être effectuée par compensation ⁽¹⁾. Ce mode de libération d'ailleurs fréquent dans ce genre de sociétés où les associés prè-

(1) Voir PIC et BARATIN, 371.

tent fréquemment des sommes importantes à la société, sommes qu'ils investissent définitivement lorsque les besoins sociaux ont atteint une certaine fixité.

A propos de ce mode de libération, une question doit se poser : il arrive couramment qu'une société en perte procède à une augmentation de capital, libéré par compensation ; cette opération est-elle régulière si les pertes ne sont pas préalablement éteintes ? Si la société est encore *in bonis* l'opération paraît régulière, au contraire, si le montant des pertes dépasse le capital primitif, il semble que l'augmentation par compensation n'est pas régulière. En effet, le montant du passif dû aux tiers étant supérieur à l'actif, chaque créance peut être considérée comme ayant une valeur inférieure à sa valeur nominale : le fait de procéder à une augmentation de capital égale à la valeur nominale des créances apportées en compensation équivaudrait donc à effectuer un apport surévalué.

II. — APPORTS EN NATURE.

Responsabilité de l'article 8

Tous les biens qui peuvent être apportés à une société à responsabilité limitée lors de sa constitution, peuvent également faire l'objet d'un apport en cours de société. Nous avons vu qu'à la constitution, la question de la validité d'un apport-vente, bien que non contestée par la jurisprudence pouvait se poser, il n'en est naturellement rien en cours de société puisque l'apporteur traite avec une personne morale pré-exis-

tante, capable de s'obliger au paiement d'un prix ou au règlement d'un passif.

Les questions relatives à la libération des apports en nature se posent également dans les mêmes termes.

La seule question délicate est celle du jeu de la responsabilité de l'article 8 en cas d'apport effectué au cours de la société.

Nous avons, en étudiant cette responsabilité, dégagé les règles qui la régissent ; rappelons ces règles.

La responsabilité de l'article 8 est délictuelle.

Elle joue, à notre avis, à l'encontre de toutes les personnes associées au jour où elle est intentée.

Elle est limitée au montant de l'exagération de l'apport.

Nous avons vu, en étudiant l'article 8, que l'on ne pouvait, à proprement parler, dire qu'il instituait une présomption de faute : les associés pouvaient se dégager de toute responsabilité s'il n'était pas prouvé qu'il y avait eu faute : c'est-à-dire s'il n'était pas prouvé que l'exagération dépassait les limites de l'erreur à craindre.

L'article 8 institue, à notre avis, une présomption d'imputabilité à l'égard des tiers : la faute étant démontrée, et elle l'est par le seul fait que l'exagération dépasse la marge d'erreur normale, les associés existant au jour de la demande sont présumés responsables à l'égard des tiers : ils le sont sans qu'il leur soit permis de démontrer que la faute ne leur est pas imputable personnellement, mais est imputable à un précédent titulaire des parts, à l'expert chargé d'estimer la valeur de l'apport ou à l'apporteur ayant usé de manœuvres frauduleuses.

Au sujets des apports faits en cours de société, plusieurs questions peuvent se poser :

1° Responsabilité des anciens associés à l'égard des apports effectués en augmentation de capital.

C'est là une première question très délicate à résoudre :

Les anciens associés n'ayant pas pris part à la décision d'augmentation de capital ou même ayant fait des réserves sur le montant de cette augmentation peuvent-ils être rendus responsables ?

Nous savons qu'aux termes de l'article 31 de la loi une augmentation de capital peut être décidée à la majorité des associés représentant les trois quarts du capital social.

Il se peut donc qu'un associé ait totalement ignoré la décision qui allait être prise ; pourra-t-il être tenu pour responsable de cette décision ?

La solution affirmative a semblé tellement dure aux auteurs, très rares, qui ont envisagé la question, qu'ils l'ont repoussée : M. Jean Copper-Royer trouve la solution dans le fait que, si l'apport est surévalué, la responsabilité de l'associé va se trouver augmentée et que cette augmentation des engagements ne peut résulter que d'un consentement exprès de chacun des associés. Ce raisonnement repose sur une base fausse : ce qui ne peut être augmenté, sans le consentement exprès de chaque associé, c'est le montant de son engagement *contractuel* : à remarquer, d'ailleurs, que la loi du 7 mars 1925 dit (article 31) : « Toutefois, dans aucun cas, la majorité ne peut obliger un des

associés à *augmenter sa part sociale* » ce qui montre bien que la seule idée du législateur est de ne pas permettre à une majorité de décider que chacun des associés fera obligatoirement un nouveau versement. L'argument ne vaut donc rien pour l'aggravation de responsabilité délictuelle.

Ceci étant, quelle doit être la solution ? Nous avons dit, qu'à notre avis, l'article 8 instituait une présomption d'imputabilité de la faute aux associés existant au jour où l'action était intentée. Ce système admis, il nous semble impossible d'exempter de la responsabilité les associés anciens même absents ou opposants.

Cette solution peut, d'ailleurs, se justifier: remarquons, tout d'abord, que si aucune faute ne peut être relevée à l'encontre de certains associés, ceux-ci auront recours pour le tout contre les associés fautifs. Par ailleurs, remarquons que, bien que la loi de 1925 ne porte aucune disposition rappelant celle du 24 juillet 1867 (art. 4, 7^e alinéa) : « L'approbation (des apports) ne fait pas obstacle à l'exercice ultérieur de l'action qui peut être intentée pour cause de dol ou de fraude », cette disposition est certainement applicable aux Sociétés à responsabilité limitée. Il en résulte ce qui suit :

Si un associé a vu, malgré son opposition, ses co-associés approuver un apport, de deux choses l'une, ou bien il s'est trompé en protestant, ou bien ayant raison, les autres associés ayant été prévenus par lui sont inexcusables d'avoir passé outre, et responsables alors d'une faute lourde qui permettrait à l'opposant de demander la nullité de l'apport.

Si l'associé protestataire n'a pas voulu se couvrir en exerçant son droit à demander la nullité de l'apport, il n'a qu'à s'en prendre à lui-même.

Ce raisonnement ne s'applique pas à l'associé absent de la délibération : pour celui-ci, on pourra souvent justifier la responsabilité par sa négligence qui lui a fait omettre d'assister à une délibération importante ou de répondre à la consultation qui lui a été adressée (2).

2° Responsabilité des associés nouveaux au sujet des apports antérieurs.

Délicate est également la question de savoir si les associés qui ont effectué un apport en cours de société peuvent être tenus pour responsables à l'égard des tiers de la valeur attribuée aux apports originaires ou effectués lors d'une précédente augmentation de capital.

Plus encore que dans le cas précédent, il sera difficile de relever une faute fut-elle de négligence, à l'encontre des associés postérieurs.

Il leur sera souvent impossible, en effet, de vérifier l'exactitude de l'appréciation qui avait été faite.

Malgré cela, puisque nous décidons que l'article 8 édicte seulement une présomption d'imputabilité destinée à faciliter aux tiers l'exercice de l'action, nous devons décider que les associés postérieurs seront res-

(2) Contre notre opinion, outre Jean COPPER-ROYER déjà cité, H. BESVIEUX : « De l'augmentation du capital des sociétés à responsabilité limitée » (*J. S.*, 1926, p. 321 et suivantes). PIC et BARATIN : *Observations au sujet des augmentations de capital*, p. 6.

ponsables de la valeur attribuée aux apports antérieurs.

Les associés postérieurs ne peuvent être considérés comme responsables *in solidum* avec les associés originaires de la faute commise antérieurement à leur entrée dans la société. Ils pourront, en conséquence, être indemnisés par les anciens associés des sommes au paiement duquel ils auront pu être condamnés.

Contre quels associés anciens pourra s'effectuer ce recours ? Bien entendu, contre les associés originaires fautifs tout d'abord, mais, dans le cas où ces associés ont disparu ou si le recours contre ces associés s'avère inopérant, est-ce que les associés entrés dans la société en suite d'une augmentation de capital devront supporter une part de la responsabilité ? Il ne nous semble pas : le recours des associés nouveaux est une poursuite en responsabilité pour préjudice résultant d'une majoration des apports ayant constitué le capital avant leur entrée dans la société ; nous estimons qu'à leur égard, les règles de l'article 8 joueront et qu'ils pourront poursuivre la réparation du préjudice qui leur a été causé par l'exécution de la condamnation qu'ils ont dû subir contre tous les associés possesseurs de parts originaires solidairement responsables, mais qui pourront à leur tour se faire indemniser par les associés originaires fautifs.

III. — VICES DES APPORTS EFFECTUÉS EN AUGMENTATION DE CAPITAL. — CONSÉQUENCES DE CES VICES.

a) *Rappel des règles*

Les apports effectués en augmentation de capital doivent obéir aux mêmes règles que les apports effectués en constitution de société. Ils doivent, par conséquent, en tant qu'objet du contrat d'apport être la propriété des apporteurs et ne pas être fictifs ; enfin, règle spéciale aux sociétés à responsabilité limitée, les apports effectués doivent immédiatement libérer les parts qui sont remises en contre partie, et il doit être expressément déclaré dans l'acte (en ce qui concerne l'augmentation de capital, dans le traité d'apport) que cette condition est remplie et que les parts nouvelles ont été réparties entre les nouveaux associés.

Nous n'insisterons pas sur la première condition d'existence ou propriété des apports corporels, et ferons remarquer simplement que la nullité du contrat d'apport pour défaut d'objet ne peut affecter, en cas d'augmentation de capital, la validité de la société déjà existante.

En ce qui concerne les deux dernières règles, les sanctions de leur inobservation seront les mêmes que celles que nous avons dégagées en matière de constitution de société ⁽³⁾.

Toutefois, en règle générale, la nullité de l'augmen-

(3) Voir sur ce point HÉMAR, 228.

tation de capital n'aura aucune répercussion sur la validité de la société elle-même ; l'institution sociale a été valablement constituée, par hypothèse, elle ne saurait être affectée par la nullité d'une opération ultérieure.

Quelles seront donc les conséquences du vice infectant les apports effectués en augmentation de capital ? L'existence d'une société de fait entre nouveaux apporteurs et la société ancienne, et l'obligation de dissoudre et liquider cette société de fait.

Selon le vice qui infectera les apports, la société de fait existant entre les apporteurs et la société ancienne revêtira le caractère d'une société à responsabilité limitée ou d'une société de personnes ; dans ce dernier cas, les créanciers postérieurs à l'augmentation de capital auront recours contre les biens apportés et, en outre, contre les biens personnels des associés de fait solidairement responsables : savoir, l'actif social ancien et la fortune personnelle des nouveaux associés.

Ainsi comprise, l'application des règles que nous avons précédemment dégagées ne présente aucune difficulté particulière.

Responsabilité du fait de la nullité

Nous rappelons que l'article 10 de la loi du 7 mars 1925 prescrit que :

« Lorsque la nullité de la société a été prononcée.
« aux termes de l'article précédent, les associés aux-
« quels la nullité est imputable sont responsables en-
« vers les autres associés et envers les tiers, solidai-

« rement entre eux et avec les premiers gérants du
« dommage résultant de cette annulation. »

1° Recherche des personnes responsables

En étudiant les conséquences générales de l'article 10, nous avons conclu que tous les associés originaires coupables au moins d'une faute de négligence, devaient être tenus comme responsables. Il en sera exactement de même en matière d'augmentation de capital, mais les associés originaires responsables seront ceux de la société de fait adjointe résultant de l'augmentation de capital viciée : ces associés seront la société elle-même qui a été représentée au traité d'apport par un organe muni des pouvoirs utiles et les associés nouveaux d'autre part. Bien entendu, les associés anciens, ayant à souffrir de la responsabilité ainsi endossée par la société, pourraient se retourner contre le gérant, leur préposé, lui-même coupable d'une faute qui les aurait induits en erreur ⁽⁴⁾.

En outre, à la liste des personnes responsables, doivent évidemment être ajoutés les gérants en fonction au moment de l'augmentation du capital.

2° Personnes qui pourront se prévaloir de la responsabilité de l'article 10

Nous avons vu précédemment que ce pouvait être, en dehors des associés qui entreraient ultérieurement

(4) Cette remarque répond à une objection de M. Bosvieux : « De l'augmentation de capital des sociétés à responsabilité limitée » (*J. S.*, 1926, p. 333) qui n'admet pas que les associés puissent être considérés comme responsables lorsqu'ils ont été abusés par le gérant qui leur a affirmé à tort avoir reçu le montant intégral des souscriptions.

dans la société, les créanciers personnels des associés et les créanciers sociaux ; revenons à ces deux dernières catégories.

Créanciers personnels :

Dans le cas où la société de fait existant entre la société originaire et les associés nouveaux sera considérée comme société de personnes, les créanciers sociaux nouveaux pourront poursuivre accessoirement leur créance sur patrimoine personnel des associés de fait. Dans ce cas, les créanciers personnels de ces associés subiront un préjudice et auront recours contre les associés responsables, donc, contre la société : mais ce recours sera illusoire puisque par hypothèse il aura été insuffisant pour désintéresser les créanciers sociaux.

Créanciers sociaux :

Les créanciers sociaux lésés ne peuvent être que ceux dont la créance est née postérieurement à l'augmentation de capital, qui comptaient sur un gage supérieur dont la non-libération a entraîné la ruine de la société. Ce ne pourrait pas être, à notre avis, les créanciers antérieurs, car le préjudice qu'ils peuvent subir provient indirectement de l'augmentation de capital, sa provenance directe est l'admission de créanciers nouveaux ayant entraîné la ruine en suite de l'absence de réalisation des apports.

SECTION II

TRANSFORMATION EN SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ LIMITÉE D'UNE SOCIÉTÉ D'AUTRE FORME

La transformation de société d'autre forme en société à responsabilité limitée ne rentre qu'indirectement dans le sujet de cette étude : en effet, la transformation n'entraînant pas création d'un être moral nouveau, il ne saurait être question de considérer l'actif de la société transformée comme ayant fait l'objet d'un apport.

Toutefois, quand une société se transforme en société à responsabilité limitée, la doctrine pense que les règles établies par la loi du 7 mars 1925 pour la constitution des sociétés à responsabilités limitée doivent être observée ⁽⁵⁾, l'inobservation de ces règles serait de nature à entâcher de nullité la société sous sa nouvelle forme.

Par conséquent, si une société de personnes se transforme en société à responsabilité limitée :

1° les biens ayant fait l'objet des apports à la société devront avoir originairement ou ultérieurement, peu importe, libéré les droits sociaux des associés.

2° l'acte de transformation devra, à défaut de semblable évaluation dans l'acte de constitution, contenir l'évaluation des apports en nature primitifs, en conformité de l'article 8.

(5) HÉMAR : (Pour les sociétés par actions), 294.

La Cour de Cassation ⁽⁶⁾ vient de faire une application de cette règle dans un arrêt par lequel elle casse une décision de la Cour de Lyon du 18 décembre 1931 qui avait fait l'objet d'un commentaire de M. Lecomte dans le numéro de juin 1932 du *Journal des Sociétés*.

Les atendus de l'arrêt de Cassation sont les suivants :

« Attendu que si, dans la société à responsabilité
« limitée, les associés ne sont tenus que jusqu'à con-
« currence de leur part d'intérêt, et si la loi n'impose
« aucune procédure de vérification des apports, ces
« avantages ou facilités ont, comme contre-partie, des
« obligations compensatoires et celle, en particulier,
« d'évaluer les apports en nature, le défaut d'évalua-
« tion ou l'évaluation, soit frauduleuse, soit simple-
« ment inexacte, comportant des responsabilités et
« des sanctions auxquels les associés transformateurs,
« pas plus que les fondateurs, ne peuvent être auto-
« risés à se soustraire.

« Attendu que l'utilité de l'évaluation prescrite par
« l'article 8 apparaît spécialement lorsque la Société
« transformée était une société en nom collectif, puis-
« que, en ce cas, les apports n'ont été originairement
« soumis à aucune vérification ni contrôle... », le
premier arrêt rendu sur cette matière le 15 avril 1931
par le Tribunal de Commerce de Roanne dans le sens
de l'arrêt de la Chambre civile avait conduit M. Le-
comte aux critiques suivantes ⁽⁷⁾.

(6) Cass. Ch. Civile, 17 juin 1936.

(7) *J. S.*, 1931, p. 683.

« Pour que la transformation d'une société d'un
« type quelconque puisse être opérée régulièrement,
« il est nécessaire que la société à transformer
« réunisse les conditions de fonds exigées pour la
« validité de toute société à responsabilité limitée.
« Par suite, le capital doit être de 25.000 francs au
« moins et représenté par des parts de 100 francs ou
« des multiples de 100 francs, toutes entièrement
« libérées et réparties entre les associés, ainsi que doit
« le constater le nouveau texte des statuts...

« Mais l'article 8 de la loi du 7 mars 1925 est-il
« également applicable et les associés sont-ils obli-
« gés de procéder, dans l'acte de transformation à une
« évaluation des apports ?... cette solution ne nous
« paraît pas... conforme aux principes généraux du
« droit auxquels la loi du 7 mars 1925 n'a pas dérogé
« et à qui on doit recourir en l'absence de dispositions
« expresses. D'une façon générale, la transformation
« d'une société en société d'un autre type, lorsqu'elle
« est autorisée par la loi ou les statuts, n'entraîne pas
« création d'un être moral nouveau ; en conséquence,
« les apports en nature antérieurement effectués de-
« meurent dans le patrimoine de la société, sans faire
« l'objet d'aucune transmission.

« Il en résulte notamment qu'il n'y a pas lieu à
« l'accomplissement des formalités constitutives et
« que la société n'est nullement obligée, en droit,
« pour la validité de la transformation, de diminuer
« le chiffre de son capital nominal des pertes subies,
« afin de le ramener à la valeur de l'actif réel.

« Ces principes sont applicables lorsqu'une société

« en nom collectif se transforme en société à respon-
« sabilité limitée, transformation qui n'entraîne au-
« cune transmission d'actif ou de passif. L'article 8,
« qui prescrit l'évaluation des apports dans « l'acte
« de société » et édicte la responsabilité solidaire des
« associés vis à vis des tiers, en cas de majoration
« des apports au moment de la « constitution de la
« société », ne s'applique, en effet, qu'à la constitu-
« tion de la société, mais non pas à l'hypothèse d'une
« société antérieurement constituée et qui se trans-
« forme en société à responsabilité limitée sans modi-
« fier son capital. Il en résulte, selon nous, que lors-
« que la transformation n'est pas accompagnée d'une
« augmentation de capital représentant en totalité ou
« en partie des apports en nature, les associés ne sont
« pas tenus obligatoirement de procéder à une nou-
« velle évaluation des apports, et n'encourent pas, en
« conséquence, de responsabilité solidaire dans le cas
« où ces apports se trouveraient majorés. »

La conclusion inadmissible à laquelle aboutit ce raisonnement le condamne. Il n'y a aucune raison pour que les associés d'une société en nom transformée en société à responsabilité limitée n'encourent aucune responsabilité si, moins de dix ans après la constitution, tout au moins, la ruine survient par suite de l'exagération de l'évaluation des apports primitifs

Le problème était, à notre avis, mal posé : il ne saurait être question, en vertu de l'article 8, d'imposer aux associés une estimation de l'actif au jour de la transformation. Il est au contraire logique de les

obliger à indiquer la valeur des apports originaires ayant constitué le capital primitif, dans le cas, d'ailleurs rare, où cette évaluation ne figure pas dans l'acte de constitution.

L'évaluation ainsi faite servira, si moins de dix ans se sont écoulés depuis la constitution, de base à l'estimation de la majoration des apports, et il est logique, en vertu des principes que nous avons dégagés de faire supporter aux associés transformateurs la responsabilité de l'article 8, même si ces associés ne sont pas les associés originaires.

Si les documents sociaux ne permettent pas de retrouver la valeur des apports faits au jour de la constitution et ne permettent par conséquent aucune estimation, la transformation en société à responsabilité limitée sera entachée de nullité. L'estimation des biens composant l'actif social au jour de la transformation serait-elle de nature à effacer cette nullité ? Il ne nous semble pas, tout au moins dans la mesure où la transformation n'opère pas constitution d'une société nouvelle.

CHAPITRE VI

CONDITIONS AUXQUELLES LES DIVERS INCAPABLES PEUVENT EFFECTUER UN APPORT A UNE SOCIETE A RESPONSABILITE LIMITEE

La matière des précédents chapitres de cette étude a, tout entière, été consacrée à l'examen des prescriptions auxquelles doivent obéir les personnes qui veulent effectuer un apport à une société à responsabilité limitée et des conséquences des infractions à ses règles.

Ce chapitre sera réservé à l'examen des règles de capacité requises des apporteurs à une société à responsabilité limitée.

Dans une première section, nous rechercherons quelles sont les règles générales de capacité qui sont applicables aux personnes effectuant un apport à une société à responsabilité limitée.

Ces règles dégagées, nous en ferons l'application aux divers incapables dans les deux sections suivantes, l'une consacrée aux apporteurs d'espèces, l'autre aux personnes effectuant un apport en nature.

Une section spéciale sera réservée aux règles applicables aux apports effectués par la femme mariée.

SECTION I

CAPACITE REQUISE DES APORTEURS A UNE SOCIETE A RESPONSABILITE LIMITEE

Les problèmes que nous allons étudier dans ce chapitre exigent l'étude préalable de la capacité requise pour faire partie d'une société à responsabilité limitée.

I. — L'ASSOCIÉ A RESPONSABILITÉ LIMITÉE EST-IL COMMERÇANT ?

Un premier point paraît certain : il n'est pas besoin pour faire partie d'une société à responsabilité limitée, alors même que l'on y entrerait en qualité de gérant ou que l'on ferait figurer son nom dans la raison sociale, d'avoir la capacité d'être commerçant.

L'opinion contraire n'a guère été défendue que par deux auteurs : MM. Desfrenois (Rep. Gen. Notariat 15 avril 1925, p. 28) et Auger et Michel (71, n° 21) encore, ces derniers auteurs ont-ils abandonné leur opinion dans la seconde édition de leur fascicule réservé à l'étude des sociétés à responsabilité limitée.

La question ne fait aucun doute en ce qui concerne les associés non gérants dont le nom ne figure pas dans la raison sociale. Leur position ne diffère pas sensiblement de celle de commanditaires et la solution doit être la même que pour cette catégorie d'associés.

Il en est de même en ce qui concerne les gérants, ceux-ci, que l'article 34 de la loi qualifie d'ailleurs de

mandataires, obligent la société dans tous ses rapports avec les tiers sans s'obliger eux-mêmes et c'est l'être social qui, sans aucun doute, est seul commerçant.

On doit même l'admettre en ce qui concerne les gérants dont le nom figure dans la raison sociale, aussi critiquable que puisse paraître cette latitude de faire le commerce sous son propre nom sans être personnellement obligé, il faut bien admettre la solution à laquelle nous nous rallions puisque la raison sociale peut contenir le nom d'un associé qui ne prendra aucune part à la gestion des affaires sociales.

II. Cette première question étant examinée, il faut également se demander si le fait de souscrire des parts d'une société à responsabilité limitée constitue un acte de commerce. La question est importante puisque par le jeu combiné des articles 2 et 3 du Code de Commerce, l'accomplissement de tout acte de commerce est impossible à tout mineur de 18 ans, le majeur de 18 ans ne pouvant s'y livrer qu'à la condition d'être émancipé et d'y avoir été spécialement autorisé.

La majorité de la doctrine et également la jurisprudence considèrent d'ordinaire que la souscription de parts, droits sociaux ou actions d'une société constitue un acte de commerce ⁽¹⁾. Les raisons développées à l'appui de cette opinion ne sont pas pertinentes, on dit : « l'adhésion à une société commerciale est un acte de commerce puisqu'elle fait de l'associé le sujet

(1) Cass., 7 novembre 1899 (S., 1901, I, 513) ; LYON-CAEN et RENAULT (*Droit Commercial*, t. II, n° 470) ; HOUPIN et BOSVIEUX, 7^e éd.

des droits et obligations auxquels les opérations commerciales donnent naissance, puisque c'est pour le compte et au profit des associés que ces opérations sont faites, puisqu'elles comportent l'obligation au moins théorique d'assurer la gestion de la société et l'affection du montant de la souscription aux opérations commerciales de celle-ci ⁽²⁾.

M. Wahl ⁽³⁾ voit dans le contrat de société un acte de commerce pour la raison que l'article 681 du Code de commerce décide que les Tribunaux de commerce connaissent des contestations entre associés, pour raison d'une société de commerce.

Pas plus que les raisons précédentes, ce raisonnement ne nous satisfait : les Tribunaux de commerce connaissent certaines contestations relatives à des actes qui ne sont pas commerciaux ; nous n'en voulons comme preuve que l'article 634 du même code donnant compétence à ces Tribunaux pour les contestations relatives aux « billets faits par les receveurs, payeurs, percepteurs et autres comptables des deniers publics », dont on ne peut soutenir sérieusement qu'ils soient commerciaux ⁽⁴⁾.

A notre avis, la souscription à une société ne constitue pas une opération commerciale, lorsque toutefois elle n'intervient pas entre commerçants ⁽⁵⁾.

Nous ne voyons pas, en effet, comment on peut soutenir que la souscription d'actions ou de parts de

(2) AUGER : « Au sujet des sociétés à responsabilité limitée de quelques points controversés » (R. S., 1927, 127).

(3) WAHL, 55.

(4) Contra WAHL, 2792.

(5) Dans ce sens PIC et BARATIN, 131.

société à responsabilité limitée constitue un acte de commerce : il suffit pour en être convaincu de se référer à l'article 632 du code de commerce auquel se rapporte, d'ailleurs, l'article 3.

L'article 632 qualifie d'acte de commerce :

« Tout achat de denrées et marchandises pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en œuvres, ou même pour en louer simplement l'usage ;

« Toute entreprise de manufacture, de commission, de transport par terre ou par eau ;

« Toute entreprise de fournitures d'agence, bureaux d'affaires, établissements de vente à l'encan, de spectacles publics ;

« Toute opération de change, banque et courtage ;

« Toutes les opérations des banques publiques ;

« Toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers ;

« Entre toutes personnes les lettres de change. »

La souscription au capital d'une société ne peut rentrer dans l'entreprise de fournitures, agence..... c'est l'être social qui entreprend de fournir, mais non les associés par le contrat de souscription. Le seul cas où le contrat de souscription sera un acte de commerce sera celui où il constituera une obligation entre commerçants.

De toutes façons, que le contrat de société intervienne entre commerçants ou non, et que, par conséquent il soit commercial ou civil, les constatations qu'il engendrera seront, en vertu de l'article 631 du Code de commerce, de la compétence des Tribunaux de commerce.

D'ailleurs, la thèse qui voit dans le contrat de souscription un acte de commerce, aboutit à écarter des sociétés anonymes ou à responsabilité limitée les mineurs et autres incapables : cette conséquence est tellement inadmissible que les auteurs la repoussent, mais en vertu de quelle exception ? La loi du 27 février 1880 ? Il faut vraiment beaucoup de bonne volonté.

Nous admettrons donc que la souscription ou l'apport à une société à responsabilité limitée ne requiert ni la capacité d'être commerçant, ni même celle d'accomplir un acte de commerce.

III. — CONCLUSIONS.

Dans quelle catégorie d'opération rentre donc l'apport d'un bien à une société à responsabilité limitée ? On doit examiner la question séparément pour les apports d'espèces et les apports en nature :

a) *Souscription espèces*

La souscription espèces de parts d'une société à responsabilité limitée, nécessairement libérées intégralement, constitue un placement : placement aléatoire peut-être, mais auquel, en l'absence d'interdiction spéciale, on doit appliquer les règles de validité des placements.

b) *Apport en nature*

L'apport en nature d'un bien à une société à responsabilité limitée constitue une simple aliénation.

SECTION II

REGLES APPLICABLES AUX DIVERSES CATEGORIES D'INCAPABLES EFFECTUANT UN APPORT EN NUMERAIRE.

I. — MINEUR EN TUTELLE ET INTERDIT

De ce qui précède, il résulte que l'apport pourra être fait librement par le tuteur, sous la seule responsabilité de ce dernier s'il est constitué sur l'excédent des revenus du pupille. Si, au contraire, on se trouve en présence d'un placement de capitaux, l'apport doit toujours être soumis à l'autorisation du Conseil de famille, l'homologation du Tribunal doit également être requise si l'apport excède 1.500 francs (loi 27 février 1880, art. 6).

II. — MINEUR ÉMANCIPÉ

Une première distinction doit être faite entre le mineur qui a été habilité à faire le commerce et celui qui n'a pas reçu cette habilitation : le mineur commerçant est, en effet, réputé majeur pour les besoins de son commerce, seule l'aliénation des immeubles lui est interdite : l'autorisation générale de faire le commerce permettra donc au mineur émancipé d'entrer librement comme associé dans une société à responsabilité limitée si l'apport qu'il effectue peut être considéré comme fait dans l'intérêt de son commerce.

Nous rappelons, au surplus, que tout acte passé par le mineur commerçant doit être réputé sauf preuve contraire, fait pour les besoins de son commerce ⁽⁶⁾.

Pour le mineur émancipé qui n'est pas commerçant, il faut, comme pour le mineur non émancipé ou l'interdit, distinguer entre les apports constituant des placements d'économies et ceux qui constituent des placements de capitaux.

Si l'apport est pris sur l'excédent des revenus du mineur émancipé, il n'exigera aucune forme particulière et pourra être fait par l'émancipé seul, car il constitue alors un acte de pure administration.

Les placements de capitaux, au contraire, ne rentrent pas dans la catégorie des actes de pure administration et rentraient, cependant, avant la loi du 27 février 1880, dans les pouvoirs du tuteur agissant seul, ils pouvaient donc être effectués, avant cette loi, par le mineur émancipé avec l'assistance de son curateur.

Du fait de la loi du 27 février 1880, il est nécessaire de faire la distinction prévue par l'article 4 de cette loi, article ainsi conçu : « Le mineur émancipé au cours de la tutelle, même assisté de son curateur, devra observer pour l'aliénation de ses meubles incorporels, les formes ci-dessus prescrites à l'égard du mineur non émancipé. Cette disposition ne s'applique pas au mineur émancipé par le mariage ».

L'article 6 de la même loi semble soumettre aux mêmes formes les placements de capitaux ⁽⁷⁾. On est

(6) Civ., 23 mars 1857 (*D.*, 57, 1, 126).

(7) PLANIOL et RIPERT : *Traité Pratique de Droit Civil Français*, T. I, p. 682.

donc amené à admettre que, pour effectuer un apport de numéraire pris sur ses capitaux à une société à responsabilité limitée, le mineur émancipé en cours de tutelle (sauf s'il a été émancipé par mariage) aura besoin des autorisations qui auraient été précédemment nécessaires à son tuteur et que nous avons vues au paragraphe précédent : autorisation du Conseil de famille et, dans le cas où la valeur de l'apport excède 1.500 francs, homologation du Tribunal ; alors que les autres émancipés : émancipés de la puissance paternelle, pourront se contenter de l'assistance de leur curateur.

III. — ALIÉNÉS NON INTERDITS MUNIS D'UN ADMINISTRATEUR PROVISOIRE.

Nous rappelons que l'article 8 de la loi du 27 février 1880 donne à l'administrateur provisoire la situation d'un tuteur : nous renvoyons donc aux distinctions vues précédemment au sujet des apports faits sur économies ou sur capitaux.

IV. — PRODIGES ET FAIBLES D'ESPRIT

La jurisprudence qui considère la souscription comme un acte de commerce a décidé que ces incapables peuvent être commanditaires ou actionnaires pourvu que la souscription ait été faite avec l'assistance du Conseil ⁽⁸⁾. A notre avis, le contrat de souscription ne constituant pas un acte de commerce, il doit être

(8) Req., 28 mars 1892 (*D.*, 92, 1, 265).

fait pour ces incapables la même distinction que pour les incapables déjà énumérés : le prodigue ou le faible d'esprit peuvent, sans l'assistance de leur curateur, affecter l'excédent de leur revenu à l'apport à une société à responsabilité limitée ; au contraire, l'assistance du curateur est indispensable si cette opération constitue un placement de capitaux. A l'appui de notre opinion, nous pouvons citer les décisions assimilant le placement de capitaux à une aliénation ⁽⁹⁾. On peut également observer que la jurisprudence ne considère pas la liste des actes contenus dans les articles 499 et 513 du Code civil comme énumérant d'une façon limitative les actes requérant l'assistance du Conseil ; elle tend à réserver à l'incapable non assisté les actes d'administration ; l'article 6 de la loi du 27 février 1880 assimilant le placement des capitaux à l'aliénation des valeurs mobilières semble ne pas considérer cette opération comme un acte d'administration.

V. — MINEUR SOUS L'ADMINISTRATION LÉGALE DE SON PÈRE.

L'article 389, alinéa 8, ne renvoyant pas à l'article 6 de la loi du 27 février 1880, et l'alinéa 7 de ce même article imposant à l'administrateur légal l'emploi des capitaux supérieurs à 1.500 francs, nous déciderons que le père peut, sans avoir à requérir l'autorisation du Tribunal, faire apport à une société à responsabilité limitée non seulement des économies, mais

(9) Lyon, 9 juin 1883 (84, 2, 83) ; Agen, 9 novembre 1881 (S., 82, 2, 83) (décisions citées par PLANIOL et RIPERT : *Traité Pratique de Droit Civil Français*, t. I, p. 789).

encore des capitaux de son fils, quelle qu'en soit l'importance.

Nous venons de faire le tour des incapables et de déterminer les formalités requises de chacun d'eux ou de leurs représentants pour effectuer un apport en numéraire à une société à responsabilité limitée.

Nous réserverons pour la fin de ce chapitre l'examen des droits de la femme mariée et allons examiner maintenant quelles sont les formalités requises pour que soit effectué un apport en nature.

SECTION III

REGLES APPLICABLES AUX DIVERS INCAPABLES EFFECTUANT UN APPORT EN NATURE.

Les règles applicables aux apports en nature sont celles qui régissent les aliénations des divers biens meubles ou immeubles ⁽¹⁰⁾.

I. — MINEUR EN TUTELLE

Etant donné la règle qui précède, nous déciderons que les apports de meubles corporels peuvent être faits sans autorisation, tout au moins dans la limite où cette opération ne dépasse pas l'étendue d'un acte d'administration.

Les apports de meubles incorporels : valeurs mobilières et surtout fonds de commerce, devront, aux ter-

(10) Riom, 2 mai 1907 (*D.*, 1908, 2, 109).

mes de la loi du 27 février 1880, être accompagnés, dans tous les cas, de l'autorisation du Conseil de famille et de l'homologation du Tribunal si l'apport a une valeur supérieure à 1.500 francs. Nous faisons remarquer à ce propos que la valeur du matériel et, semble-t-il, des marchandises dépendant du fonds de commerce apporté, doivent entrer en compte pour déterminer la valeur de l'apport incorporel. De ce que ces biens sont corporels, on ne pourrait prétexter, pour faire apport sans autorisation du Tribunal, d'un fonds de commerce dont les éléments incorporels valent moins de 1.500 francs.

Les apports immobiliers, enfin, ne pourront, quelle qu'en soit l'importance, être faits que moyennant l'autorisation du Conseil de famille, l'homologation du Tribunal et seulement en vue d'un avantage évident. De ce que, pour l'apport en société les règles de vente d'immeubles appartenant à un mineur ne peuvent être observées, on ne saurait déduire, comme le font MM. Colin et Capitant ⁽¹¹⁾ que ces apports sont impossibles.

II. — INTERDIT

Les règles applicables sont celles que nous venons de voir pour le mineur en tutelle.

III. — MINEUR ÉMANCIPÉ

Comme dans le cas d'apports en numéraire, nous faisons tout d'abord remarquer que s'il est commer-

(11) COLIN et CAPITANT, I, p. 517-518.

çant, il peut effectuer un apport à une société à responsabilité limitée pour les besoins de son commerce, sans assistance ni autorisation spéciale et sans qu'il soit besoin de distinguer entre les diverses catégories de biens meubles. Pour les immeubles, au contraire, l'aliénation et, par conséquent, l'apport lui sont interdits par l'article 6 du Code de Commerce et restent soumis aux formalités rappelées par l'article 484.

Si, au contraire, le mineur n'est pas commerçant, ou si l'apport n'est pas fait pour les besoins de son commerce, les règles sont les suivantes :

Les apports de meubles corporels peuvent être faits librement par l'émancipé, lorsque ces apports n'excèdent pas les limites de l'administration ⁽¹²⁾.

Les apports de meubles incorporels sont régis différemment selon que l'émancipé l'a été par mariage, en cours de tutelle ou en cours d'administration légale.

Si l'émancipé l'a été par mariage, aux termes de l'article 4 de la loi du 27 février 1880, il peut faire apport de ses meubles incorporels avec la seule assistance de son curateur, et même sans cette assistance si cet apport peut être considéré comme de pure administration ⁽¹³⁾.

Pour les mineurs non émancipés par mariage, il y a conflit entre l'article 4 de la loi du 27 février 1880, qui ne requiert pour les aliénations de meubles incorporels l'observation des formes prescrites à l'égard du

(12) PLANIOL et RIPERT : *Traité Pratique de Droit Civil Français*, t. I, p. 670, n° 640 et la note.

(13) PLANIOL et RIPERT, p. 680.

mineur non émancipé que pour le mineur émancipé de la tutelle, et l'article 484 du Code civil qui soumet le mineur émancipé aux formalités de la tutelle toutes les fois qu'il ne s'agit pas d'un acte librement permis au tuteur, sans distinguer entre le mineur émancipé de la tutelle et l'émancipé de l'administration légale.

Que faut-il en déduire ?

Adoptant la solution admise par la majorité de la doctrine ⁽¹⁴⁾, nous dirons :

Que le mineur émancipé en cours de tutelle reste soumis à l'autorisation du Conseil de famille quelle que soit l'importance de l'apport, et à l'homologation du Tribunal si l'apport dépasse 1.500 francs.

Que le mineur émancipé de l'administration légale pourra aliéner ses meubles incorporels avec la seule assistance de son curateur.

Enfin, les apports immobiliers du mineur émancipé requièrent l'autorisation du Conseil de famille, l'homologation du Tribunal, et cet apport ne peut avoir lieu qu'en cas d'avantage évident pour le mineur.

IV. — ALIÉNÉS NON INTERDITS MUNIS D'UN ADMINISTRATEUR PROVISoire.

Nous renvoyons, pour la raison rappelée à propos des apports en numéraire, aux règles vues précédemment au sujet des apports du mineur en tutelle.

(14) PLANIOL et RIPERT, p. 680 et la note.

V. — PRODIGES ET FAIBLES D'ESPRIT

Les articles 499 et 513 comprennent l'aliénation parmi les actes qui requièrent l'assistance du Conseil et ne distinguent pas entre les aliénations mobilières ou immobilières.

Etendant cette solution aux apports, nous dirons qu'un prodigue ou un faible d'esprit ne peuvent faire un apport en nature à une société à responsabilité limitée qu'avec l'assistance de leur Conseil judiciaire ; il ne serait fait exception à cette règle que dans l'hypothèse, d'ailleurs improbable, où l'apport aurait le caractère d'un acte d'administration ⁽¹⁵⁾.

VI. — MINEUR SOUS L'ADMINISTRATION LÉGALE DE SON PÈRE.

Le père, administrateur légal de son enfant, a droit, aux termes de l'alinéa 6 de l'article 389 de faire seul tous les actes qui, dans la tutelle, auraient eu besoin du concours du Conseil de famille.

En vertu de ce principe, le père pourra seul faire, au nom de son enfant mineur, apport de bien mobiliers corporels et de biens incorporels jusqu'à concurrence de 1.500 francs.

Par contre, les apports de meubles incorporels de plus de 1.500 francs et les apports immobiliers seront soumis à l'autorisation du Tribunal donnée en Chambre du Conseil sur requête de l'Administrateur (Art. 389, alinéa 6).

(15) Voir PLANIOL et RIPERT : *Traité Pratique de Droit Civil Français*, I, n° 752.

SECTION IV

Avant de passer à l'examen des pouvoirs de la femme mariée, il faut encore étudier deux points : en premier lieu, la question de la rémunération des apports, effectués indivisément par plusieurs personnes parmi lesquelles se trouvent des mineurs. Cette question exposée, nous étudierons le point de savoir si la responsabilité de l'article 8 de la loi du 7 mars 1925 ne doit pas interdire à certains incapables l'accès d'une société à responsabilité limitée à laquelle d'autres personnes font des apports en nature.

I. — APPORTS INDIVIS, LEUR RÉMUNÉRATION

Nous avons vu précédemment les règles applicables aux apports effectués par des incapables. Ces mêmes règles doivent être observées lorsque l'apport est fait par plusieurs co-indivisaires, parmi lesquels se trouvent des incapables, mais, conformément à la règle ressortant d'un arrêt de la Cour de Cassation du 15 juillet 1890 ⁽¹⁶⁾, il est nécessaire, en ce qui concerne les apports indivis effectués par un groupe de personnes comprenant des mineurs ou interdits, que l'attribution des parts sociales faite en représentation de cet apport soit faite conjointement et indivisément, faute de quoi il y aurait violation des règles du partage judiciaire des biens indivis entre mineurs.

Un arrêt de la Cour de Paris du 30 juillet 1925 ⁽¹⁷⁾

(16) *S.*, 91, 1, 9.

(17) *J. S.*, 1920, 167 et note CORDONNIER.

semble s'écarter de cette jurisprudence en prescrivant que, pour la garantie des intérêts des mineurs, il convient de décider que le nombre des actions à leur attribuer doit être déterminé nominativement et proportionnellement aux droits de chacun d'eux dans la propriété indivise.

Cet arrêt, qui a été critiqué par la doctrine, est, à notre connaissance, resté isolé. Il semble donc que l'on doive s'en tenir à la jurisprudence antérieure. Il en résultera la nécessité, lorsqu'une société sera créée par l'apport de biens dépendant d'une succession de faire entrer nominativement à côté de la succession un associé au moins devant faire un apport personnel, sans quoi aucune attribution divise d'action n'étant faite entre les coindivisaires, il ne pourrait y avoir de société, faute de pluralité d'associés.

II. — INFLUENCE DES RESPONSABILITÉS ÉDICTÉES PAR LA LOI DU 7 MARS 1925 SUR LA CAPACITÉ NÉCESSAIRE POUR EFFECTUER UN APPORT A UNE SOCIÉTÉ A RESPONSABILITÉ LIMITÉE.

Nous avons déjà exposé les règles de capacité qui, à notre avis, étaient applicables aux apporteurs divers, en numéraire ou en nature, à une société à responsabilité limitée.

Certains auteurs ont voulu faire dépendre ces règles de capacité du fait que d'autres associés feraient apport de biens en nature, et ont vu dans les responsabilités des articles 8 et 10 de la loi du 7 mars 1925 des responsabilités incompatibles avec l'entrée des

mineurs ou interdits dans des sociétés à responsabilité limitée.

La question a été traitée d'une manière assez vague et le plus souvent effleurée par les divers commentateurs de la loi du 7 mars 1925 ⁽¹⁸⁾. Seul, un article de M. Houpin, paru dans le numéro d'avril 1934 du *Journal des Sociétés*, étudie cette question et, sans en admettre toutes les conséquences, nous y ferons, au cours de notre étude, de nombreuses allusions.

En ce qui concerne, tout d'abord, les obligations qui peuvent résulter pour les associés originaires du prononcé de la nullité de la société, ainsi que le remarque M. Houpin, dans tous les cas, les mineurs ou interdits associés ne sauraient encourir une responsabilité personnelle. Ils ont été représentés à l'acte de société par leur tuteur, qui avait l'obligation de constituer la société régulièrement. S'ils ne l'ont pas fait, ils ont commis au moins une faute de négligence qui leur est imputable et dont ils doivent être déclarés personnellement responsables : le tuteur est toujours responsable de la faute délictuelle commise par lui lorsqu'il représente son pupille.

La responsabilité qui incombe aux associés en cas d'annulation de la société ne saurait donc être un obstacle à la participation d'un mineur à cette constitution.

La question de la responsabilité de l'article 8 est plus complexe et, comme le remarque M. Houpin, doit être divisée :

(18) PERCEROU : (*Ann. de Droit Comm.*, 1925, p. 95) ; LEPARGNEUR, p. 273 ; HOUPIN et BOSVIEUX, n° 63 ; PIC et BARATIN, n° 134.

1° Si l'apport en nature est fait au nom du mineur, la responsabilité qui est mise à sa charge par l'article 8 de la loi du 7 mars 1925 équivaut à une garantie contractuelle de la valeur de son apport (à l'égard de ses coassociés tout au moins). Cette garantie est normale, bien que la lésion ne soit généralement pas une source de responsabilité contractuelle, et il est rationnel que le mineur la supporte.

2° Il en est de même si l'apport est fait par plusieurs copropriétaires indivis, parmi lesquels un mineur : dans ce cas, on ne peut pas parler de responsabilité contractuelle puisque tous les contractants sont responsables solidairement, mais il est encore normal que la faute commise par l'indivision ne lui profite pas et le jeu de la responsabilité ne peut qu'aboutir à annuler le bénéfice qui avait été retiré de la majoration.

3° Reste le cas où l'apport en nature est fait par un associé autre que le mineur.

Dans ce cas, des difficultés sérieuses se présentent à première vue : si l'on admet que cette responsabilité n'est pas basée sur la faute personnelle de chaque associé, il semble qu'elle doive écarter de l'accès des sociétés à responsabilité limitée les mineurs ou interdits.

La faute a été commise par un associé et un autre associé est également institué solidairement responsable : il devient codébiteur solidaire de l'associé fautif... Qu'est-ce que cette institution, sinon un cas de cautionnement légal ? Or, le tuteur ne peut, au nom du mineur, cautionner, gratuitement tout au moins, la dette d'autrui, et ceci, même avec l'auto-

risation du Conseil de famille et l'homologation du Tribunal : l'admission de cette thèse interdirait donc l'accès de beaucoup de sociétés à responsabilité aux mineurs et interdits.

Cette théorie nous semble, nous l'avons vu en étudiant l'article 8, reposer sur une analyse des faits insuffisamment approfondie.

Le fondement de la responsabilité de l'article 8 n'est pas une faute présumée, pour que la responsabilité joue, il faut que la faute soit démontrée ; l'article 8 n'édicte qu'une présomption d'imputabilité : il permet de présumer que les associés sont les auteurs personnels de la faute ; cette faute est délictuelle ; dans le cas où le mineur aura été originairement associé, la responsabilité de l'article 8 étant délictuelle incombera au tuteur qui a omis de vérifier l'exacte appréciation donnée aux apports en nature.

La question est plus délicate lorsque la faute qui est reprochée au mineur incombe à un des précédents titulaires des parts ou à un tiers.

Rappelons les divers cas qui peuvent se présenter :

La responsabilité peut incomber à l'apporteur quand, et c'est le cas général, on peut lui reprocher une faute délictuelle ou quasi-délictuelle.

Au contraire, l'associé, entré ultérieurement en société par apport ou acquisition de parts sociales, peut se voir reprocher la faute ou la négligence du fondateur.

Enfin, l'associé, même originaire, peut être responsable, sans faute personnelle, en cas de faute lourde ou de dol de la personne qu'il avait chargée

de l'éclairer sur la valeur des apports, comme en cas de manœuvres frauduleuses accompagnées de mise en scène de l'apporteur fautif, faits constitutifs d'un délit d'escroquerie, et susceptible de tromper la bonne foi de l'apporteur.

Dans ces trois derniers cas, l'associé dont la responsabilité aura été engagée conformément à l'article 8, possède un recours contre la ou les personnes réellement fautives et, en théorie tout au moins, ne doit finalement pas supporter la charge du préjudice dont ont souffert les créanciers sociaux.

Dans ces trois cas, la responsabilité du représentant légal ne jouant que lorsqu'il a personnellement commis une faute délictuelle ou quasi-délictuelle, la responsabilité incombera directement, sinon définitivement, à l'incapable.

Cette règle est d'ailleurs conforme aux principes : en vertu de la règle de l'article 8, l'incapable est présumé avoir accompli personnellement la faute délictuelle ; or la faute délictuelle oblige le mineur qui l'a commise.

Cette responsabilité est-elle de nature à lui interdire l'accès d'une société à responsabilité limitée ?

Nous ne le croyons pas. Nous avons, au cours de l'étude de l'article 8, rapproché la responsabilité qui en découle de la responsabilité que l'article 1386 du Code civil met à la charge du propriétaire du bâtiment.

Est-ce que, parce que la ruine du bâtiment met à la charge de son propriétaire, en vertu de la faute d'un propriétaire antérieur ou de l'architecte, une

grave responsabilité, que le tuteur ne pourra pas placer dans des achats immobiliers les capitaux disponibles du mineur ?

La réponse est certaine : l'acte d'achat d'immeuble présente la responsabilité contractuelle propre à tout contrat d'achat ; quant à la responsabilité de l'article 1386, elle a une tout autre origine et le mineur sera valablement tenu de réparer le dommage causé par la ruine du bâtiment, sans pour cela pouvoir attaquer l'acquisition faite par son tuteur ; ce dernier serait seulement responsable à l'égard de son pupille si la ruine du bâtiment était due à un vice apparent.

Il doit en être de même en ce qui concerne la responsabilité de l'article 8. Chaque fois que le tuteur n'aura personnellement commis aucune faute, il sera néanmoins possible de recourir contre le mineur ; mais la responsabilité de ce dernier aura pour origine une faute délictuelle et non le contrat de société dont il ne pourra donc demander son retrait.

Remarquons, enfin, que dans tous les cas où le tuteur sera irresponsable, le mineur ou l'interdit auront recours soit contre l'expert qui a commis la faute lourde, soit contre l'apporteur coupable d'escroquerie, soit contre le fondateur duquel il a, directement ou indirectement, acquis des parts.

Nous en arrivons donc à la conclusion de la majorité des auteurs : la responsabilité des articles 8 et 10 ne constitue pas un obstacle à l'entrée des mineurs ou d'interdits dans une société à responsabilité limitée.

SECTION V

APPORTS DE LA FEMME MARIEE

I. — RAPPEL DES THÈSES PRÉSENTÉES PAR LA DOCTRINE

Nous avons déplacé l'examen des questions qui se posent au sujet des apports de la femme mariée à dessein : en effet, l'incapacité de la femme mariée tient à d'autres raisons qu'à son absence de raisonnement, et, conséquence de la puissance maritale, les règles d'incapacité proprement dites doivent se combiner avec les autres règles issues de l'exercice par le mari des divers droits que lui confère son autorité de chef de famille.

Toutefois, s'il est juste de remarquer, comme le fait M. Drouets ⁽¹⁹⁾, l'erreur d'une partie des auteurs qui ont examiné cette question sous le seul angle des pouvoirs que la femme détient de son contrat de mariage, il ne faut pas tomber dans l'excès contraire et ne voir dans l'examen de la nécessité d'une autorisation maritale ou de justice, une simple conséquence des règles de l'exercice de la puissance maritale concernant l'activité de la femme ⁽²⁰⁾.

En réalité, quand on examine la capacité pour une femme mariée d'entrer en société à responsabilité limitée, on examine deux questions distinctes, quoiqu'en fait liées.

Une première question qui doit être uniquement

(19) DROUETS, n° 83.

(20) Paulette COURTOIS : *Des apports dans les sociétés à responsabilité limitée*, p. 47.

résolue selon les règles propres à l'incapacité de la femme concerne la capacité d'effectuer un apport.

La deuxième question qui relève de l'exercice de l'autorité maritale concerne le droit pour la femme de s'associer dans une société à responsabilité limitée accessoirement d'en devenir gérante et également de faire figurer son nom dans la raison sociale.

Bien que cette dernière question sorte des limites de notre étude, elle est en fait tellement liée à la précédente, car lorsqu'on fait un apport à une société, non seulement on aliène un bien ou de l'argent, mais encore on s'associe, que nous l'examinerons rapidement.

Remarquons, avant d'aller plus loin, qu'il y a de nombreux intérêts à distinguer les deux questions.

1° QUANT AUX FORMES DE L'AUTORISATION pour les questions de capacité, l'autorisation maritale doit être donnée soit par écrit, soit par le concours du mari dans l'acte (article 217). En ce qui concerne les questions de puissance maritale proprement dite, le consentement ne requiert, au contraire, aucune forme.

2° D'après l'opinion d'une partie de la doctrine tout au moins ⁽²¹⁾, quant à la possibilité de suppléer à l'autorisation maritale par l'autorisation de justice : alors que l'autorisation de justice peut intervenir sur des questions d'incapacité, elle ne saurait suppléer à l'autorisation maritale pour les questions relatives à la puissance maritale proprement dite.

Les conséquences sont importantes : si la femme a capacité pour effectuer seule un apport, mais que,

(21) Voir sur ce point PLANIOL et RIPERT, t. II, n° 386.

comme nous le pensons, l'autorisation de son mari lui soit nécessaire pour s'associer à une société à responsabilité limitée, si aucune autorisation écrite n'a été donnée, ou si le mari n'a pas concouru à l'acte, il sera possible, néanmoins, de prouver le consentement du mari par tous les moyens.

De même, si nous adoptons la thèse présentée plus haut, si l'entrée d'une femme dans une société à responsabilité limitée exige l'autorisation de son mari, non seulement pour des questions de capacité, mais encore en vertu du droit du mari de surveiller les relations de sa femme, il en résultera que l'autorisation de justice ne pourra pas suppléer à l'autorisation du mari.

II. — CAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE

a) *Règles générales*

La femme mariée peut faire apport à une société de ses deniers ou de ses biens personnels. En règle générale, pour la validité de cet apport, le consentement par écrit du mari sera indispensable. Toutefois, nous l'avons vu, l'apport à une société à responsabilité n'exigeant ni la capacité d'être commerçant, ni même celle de faire un acte de commerce isolé, il sera certain cas dans lesquels la femme mariée aura la capacité requise pour effectuer seule l'apport à la société à responsabilité limitée.

Ce sera le cas pour :

- b) la femme séparée de biens ;
- c) la femme dotale ;

d) sous tous les régimes, la femme ayant une profession séparée et disposant de ce fait de biens réservés.

b) *La femme séparée de biens*

Toutes les parts sociales d'une société à responsabilité limitée devant être intégralement et immédiatement libérées et, comme nous l'avons vu précédemment, les responsabilités des articles 8 et 10 de la loi du 7 mars 1925 n'étant pas la conséquence du contrat de société, l'apport à la société à responsabilité limitée n'exige pas, à notre avis, la capacité de s'obliger.

En conséquence, seront possibles :

— les apports en numéraire, qu'ils soient faits sur économie et même sur capitaux (la question est, toutefois, controversée sur ce dernier point, même en jurisprudence) ⁽²²⁾ ;

— les apports mobiliers, tout au moins dans la limite des pouvoirs d'administration (une partie de la doctrine tend toutefois à admettre la possibilité d'étendre à toutes les aliénations mobilières la capacité de la femme séparée de biens ⁽²³⁾).

Au contraire, exigeront l'autorisation maritale :

— les apports mobiliers excédant les pouvoirs d'administration de la femme ;

— les apports immobiliers.

c) *Femme dotale*

La situation de la femme dotale varie selon que le bien apporté est dotal ou paraphernal.

(22) Voir PLANIOL et RIPERT, IX, n° 1028 et les notes.

(23) Voir PLANIOL et RIPERT, IX, n° 1025 et les notes.

1° *Biens dotaux*. — En ce qui concerne les immeubles dotaux, le principe de l'inaliénabilité de la dot s'oppose à leur apport à une société. Il en est, toutefois, différemment lorsque l'aliénation des biens dotaux est permise par le contrat sous condition de remploi ; dans ce cas, l'exécution de la clause de remploi sera reportée à la cession des parts sociales ou à la liquidation de la société ⁽²⁴⁾.

2° *Biens paraphernaux*. — En principe, sauf exception pour lesquelles nous renvoyons aux ouvrages généraux, la femme possède sur les biens paraphernaux les pouvoirs d'une femme séparée de bien ; nous renvoyons donc au paragraphe précédent.

d) *Femme possédant des biens réservés*

La loi du 13 juillet 1907 a donné à la femme qui exerce une profession distincte le droit de placer ses économies et d'administrer les biens acquis avec celles-ci.

La femme pourra donc effectuer sur ces biens des apports tant en numéraire qu'en nature (art. 1^{er}, alinéas 2 et 3 de la loi).

Nous rappelons que pour justifier de son droit d'effectuer seule un apport, la femme doit prouver seulement ⁽²⁵⁾ l'exercice d'une profession distincte et lucrative.

(24) Seine, 2 août 1900 (J. S., 1901, 176) ; Cass., 14 février 1893 (S., 93, 1, 350).

(25) Voir PLANIOL et RIPERT, IX, 1354 et 1355.

III. — RÈGLES TENANT A L'EXERCICE DE LA PUISSANCE MARITALE.

A la question de la capacité de la femme pour l'accomplissement de son apport, vient se greffer celle de savoir si le fait d'entrer comme associé dans une société à responsabilité limitée ne porte pas atteinte à la puissance maritale.

Il est difficile, en l'absence de jurisprudence sur ce point, de donner une réponse certaine.

On sait que si l'entrée de la femme dans une société de capitaux n'est susceptible de porter nulle atteinte à l'autorité du mari, et dès lors peut s'effectuer librement (à la condition toutefois que la femme n'accepte pas dans la société où elle entre, un mandat dont l'exercice deviendrait pour elle une profession). Il n'en est pas de même de l'association dans une société de personnes ; et, en dehors de l'incapacité de s'obliger qui oblige à requérir l'autorisation de son mari, la femme doit également demander son agrément en vertu du droit qu'il possède de surveiller ses relations.

La société à responsabilité limitée est une société mixte ; pourtant nous estimons que si, quant aux obligations pécuniaires, elle doit être considérée comme une société de capitaux dans les rapports des associés entre eux, elle constitue une société de personnes, aussi estimons-nous, avec M. Drouets, et contre MM. Pic et Baratin, et Houpin et Bosvieux ⁽²⁷⁾, que l'entrée d'une femme mariée dans une société à

(26) DROUETS, n° 83.

(27) PIC et BARATIN, 133 ; HOUPIN et BOSVIEUX, I, 69.

responsabilité limitée doit toujours être soumise à l'agrément de son mari : la société à responsabilité limitée est conclue *intuitu personæ* ; le retrait d'un associé peut dépendre de l'agrément des autres.

De toutes façons devrait être soumis à l'agrément du mari de faire entrer dans la raison sociale le nom de la femme ; de même le fait pour la femme d'assurer la gérance. Ces questions, à l'opposé de la précédente, ne sauraient faire aucun doute.

CONCLUSION

Pour être constructive, toute étude doit aboutir à des suggestions pratiques ; nous allons nous efforcer d'en présenter quelques-unes au cours d'une révision générale des différentes parties de notre travail.

Biens pouvant faire l'objet d'un apport en société.
— Notre étude de l'apport d'industrie et des apports non libérés nous a permis de dégager cette règle générale que ne pouvaient faire l'objet d'un apport à une société à responsabilité limitée, les obligations dont l'exécution forcée en nature n'est pas assurée, en cas de manquement du débiteur. L'inscription de ce principe général dans la loi serait susceptible, à notre avis, de substituer à une prescription mal définie : l'obligation de libération des parts par les apports, sur le sens de laquelle, après plus de quarante ans (l'obligation de libération des actions par les apports en nature date de la loi de 1893), ni les auteurs, ni la jurisprudence ne sont fixés, une règle générale claire et bien dans la ligne générale des sociétés de capitaux qui ne peuvent justifier l'autonomie patrimoniale complète qui leur est accordée que par une indépendance complète de leur patrimoine de celui de leurs associés.

Cette règle générale pourrait être inscrite dans l'ar-

ticle 7 de la loi qui pourrait être rédigé comme suit :

« Les sociétés à responsabilité limitée ne peuvent
« être définitivement constituées sous cette forme
« qu'autant que toutes les parts ont été réparties
« entre les associés dans l'acte de société et que les
« obligations personnelles à l'apporteur, ayant fait
« l'objet d'un apport, auront été exécutées. »

« Il doit être expressément déclaré dans l'acte de
« constitution ou de transformation de la société que
« ces conditions sont remplies. »

Sanction de l'évaluation exagérée des apports en nature. — La confusion possible entre les apports surévalués et les apports non libérés ne serait plus admissible avec une rédaction de l'article 7 conforme à celle que nous proposons ci-dessus ; les cas où devraient jouer la responsabilité qu'édicte l'article 8 seraient donc, après cette modification, nettement délimités.

Il serait pourtant utile de préciser que cette responsabilité trouve son fondement dans une faute originaire ; fondement qui donne une explication juridique au principe qu'il n'y a aucune responsabilité si la surélévation n'excède pas l'erreur normale dans l'appréciation de la valeur du bien ; il serait également utile de préciser que la responsabilité solidaire de cette faute est présumée appartenir aux personnes associées au moment où l'action est intentée.

On pourrait, dans ces divers buts, substituer à la rédaction actuelle de l'article 8 la rédaction suivante :

« L'acte de société doit contenir l'évaluation des
« apports en nature. Les associés, fondateurs ou au-

« tres,, sont solidairement responsables vis-à-vis des
« tiers, dans la limite de l'exagération, du préjudice
« résultant de la valeur attribuée fautivement, au mo-
« ment de la constitution, aux apports en nature.

« L'action en responsabilité résultant du paragra-
« phe précédent se prescrit par dix ans à partir de la
« constitution de la société. »

Nullité de la société. — Il convient, nous l'avons vu, de critiquer le terme de nullité qui conduit la doctrine et la jurisprudence à appliquer, dans une matière où elle n'a rien à faire, la théorie des nullités des conventions. Mais cette réforme est du ressort surtout de la doctrine et non du législateur qui doit donner des textes, non des théories générales. Il serait pourtant utile de remplacer par le texte suivant la rédaction actuelle de l'article 9 :

« Est irrégulière à l'égard des intéressés toute so-
« ciété à responsabilité limitée constituée contraire-
« ment aux prescriptions des articles 2, 4, 6, 7 et 8.
« La nullité résultant de cette irrégularité ne peut être
« opposée aux tiers par les associés. »

La nouvelle réglementation de la régularisation des sociétés à responsabilité irrégulière, telle qu'elle est prévue par le nouveau texte de l'article 10 de la loi, nous semble également devoir être approuvée.

Nous avons au contraire critiqué le système de la responsabilité édicté par ce même article 10. Rappelons nos critiques :

1° Sous un même titre, la loi englobe la responsabilité pour deux catégories de préjudices entièrement distincts :

Préjudice résultant directement de l'irrégularité ; par conséquent, ruine de la société ayant pour cause un capital trop faible et inférieur au minimum de 25.000 francs ou le défaut d'exécution des obligations contractées par un associé et irrégulièrement rémunérées par des parts de capital.

Préjudice résultant indirectement de l'irrégularité et directement du prononcé de la nullité de la société ; du fait, par conséquent, que le permis de commercer a été enlevé à la société irrégulière et, dans certains cas, que, la société irrégulière n'ayant pas l'autonomie patrimoniale d'une société à responsabilité limitée, les créanciers personnels des associés auront été lésés par le concours des créanciers sociaux.

2° Les règles d'extinction de l'action en responsabilité, si elles sont parfaitement équitables lorsqu'on invoque un préjudice de la première catégorie, sont, au contraire, injustifiables lorsque le préjudice a directement pour cause l'irrégularité, le préjudice pouvant fort bien persister et même s'affirmer, alors que l'irrégularité initiale a été confirmée ou est prescrite.

La responsabilité délictuelle pour le préjudice résultant de la constitution irrégulière devrait être soumise aux règles du droit commun.

Pour aboutir au résultat désiré il suffirait de modifier comme suit les premier et avant-dernier alinéas du nouvel article 10 :

« Lorsque la nullité de la société a été prononcée
« aux termes de l'article précédent, les associés aux-
« quels l'irrégularité est imputable sont responsables,
« envers les autres associés et envers les tiers, soli-

« dairement entre eux et avec les premiers gérants,
« indépendamment de la responsabilité qui peut leur
« incomber conformément au droit commun pour le
« préjudice résultant de l'inobservation des règles des
« articles 2, 4, 5, 6, 7 et 8, du dommage résultant de
« cette irrégularité... »

« L'action en responsabilité pour le préjudice ré-
« sultant de l'irrégularité cesse également d'être rece-
« vable lorsque la cause de l'irrégularité a cessé d'exis-
« ter, soit avant l'introduction de la demande, soit
« au jour où le Tribunal statue sur le fond en pre-
« mière instance, soit dans le délai imparti pour cou-
« vrir la nullité. »

Les autres dispositions de la loi du 7 mars 1925 relative aux apports des associés n'appellent aucune observation.

Nous terminerons cette étude par un vœu :

On est frappé lorsque l'on veut faire une étude sur le droit des sociétés, par l'absence presque complète d'ouvrages modernes étudiant d'une manière théorique la convention et l'institution sociale.

On a l'impression très nette que le perpétuel mouvement de la législation en cette matière, par la multitude et la difficulté des problèmes qu'elle pose, chaque jour, au praticien, a détourné les auteurs de toutes dissertations théoriques pour les pousser à la confection d'ouvrages admirables de documentation, véritables chefs-d'œuvre pour la facilité avec laquelle le praticien trouve les solutions aux problèmes qu'il a à résoudre. On a tellement à faire pour tenir les personnes que la législation des sociétés intéresse au courant de ses perpétuelles modifications que l'on ne

songe pas à étudier d'une façon approfondie, au point de vue théorique, la convention de société, l'institution sociale et son autonomie patrimoniale. (Nous faisons une exception pour l'ouvrage de M. Hémard, mais son isolement n'explique-t-il pas la lenteur de l'influence qu'il exerce sur la jurisprudence : il est des vérités, des évidences, qu'il ne faut pas cesser de répéter, et pour le triomphe desquelles, parce qu'elles heurtent une routine solidement établie, il faut être nombreux.

Le résultat de cette absence de dissertations théoriques est que c'est la jurisprudence qui mène la doctrine et non la doctrine qui conduit la jurisprudence. Méthode déplorable qui saute aux yeux de toute personne s'occupant de sociétés : la jurisprudence est incertaine, toujours mal fixée, malgré les années qui s'écoulent et la fréquence des procès en cette matière.

Des études théoriques, si elles émanaient de personnes suffisamment autorisées, donneraient à la jurisprudence le guide qui, actuellement, lui manque ; la réglementation y gagnerait en logique. Tout le monde y trouverait son compte, jurisprudence, notaires et autres rédacteurs d'actes de sociétés qui pourraient, en les rattachant à des idées générales, trouver une solution plus sûre aux cas d'espèces qu'ils ont sans cesse à résoudre.

Vu :

LE DOYEN,
E. ALLIX.

Vu :

LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE
G. RIPERT.

Vu et permis d'imprimer :

LE RECTEUR DE L'ACADÉMIE DE PARIS,
S. CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES GENERAUX DE DROIT CIVIL ET COMMERCIAL

- PLANIOI (Marcel) et RIPERT (Georges). — *Traité Pratique de Droit Civil Français*.
- DALLOZ. — *Répertoire pratique de Législation, Doctrine et Jurisprudence*.
- COLIN (Ambroise) et CAPITANT. — *Cours Elémentaire de Droit Civil Français*.
- MAZEAUD (Henri et LÉON). — *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile délictuelle et contractuelle*, 2^e édition, 1934.
- CH. LYON-CAEN et RENAULT. — *Manuel de Droit Commercial*.
- WAHL (Albert). — *Précis théorique et pratique de droit commercial*.

II. — OUVRAGES SPECIAUX DE DROIT COMMERCIAL OU DE DROIT PENAL FINANCIER

- CENDRIER (G.). — *Le Fonds de Commerce*, 5^e édition, 1930.
- HOUPIN et BOSVIEUX. — *Traité général théorique et pratique des Sociétés Civiles et Commerciales*, 7^e édition, 1935.
- PIC (Paul). — *Traité général théorique et pratique des Sociétés Commerciales*, 2^e édition, 1925 (Collection Thaller)
- AUGER et MICHEL. — *Jurisclasseur des Sociétés*.
- ARTHUYS. — *Traité des Sociétés Commerciales*.
- HÉMARD (Joseph). — *Théorie et pratique des nullités des Sociétés et des Sociétés de Fait*, 2^e édition, 1926.
- TCHERNOFF. — *Traité de Droit Pénal Financier*, nouvelle édition, 1931.
- PIC et BARATIN. — *Des Sociétés à responsabilité limitée*.
- DROUETS. — *Traité théorique et pratique des Sociétés à responsabilité limitée*, 2^e édition.

III. — THESES

COPPER-ROYER (Jean). — Les Sociétés à responsabilité limitée en Droit Français. *Thèse*, Paris, 1929.

COURTOIS (Paulette). — Les apports dans les Sociétés à responsabilité limitée. *Thèse*, Paris, 1929.

HAUTGŒUR (René). — Les apports à prestations successives ou continues dans les Sociétés. *Thèse*, Lille, 1928.

IV. — PRINCIPAUX ARTICLES DE REVUES

BOURCART. — Observations à la suite de l'avis de la Chambre de Commerce de Strasbourg. *Journal des Sociétés (J. S.)*, 1920, p. 394.

LEPARGNEUR. — La loi nouvelle sur les Sociétés à responsabilité limitée. *J. S.*, 1925, p. 275.

PERCEROU. — Les Sociétés à responsabilité limitée. *Annales de Droit Commercial*, 1925, p. 94.

DESFRENOIS. — *Répertoire Général du Notariat*, 1925, p. 41.

BOSVIEUX (H.). — De l'augmentation du capital des Sociétés à responsabilité limitée. *J. S.*, 1926, p. 321.

GARRAUD (P.). — Le régime pénal des Sociétés à responsabilité limitée. *Recueil Juridique des Sociétés*, 1927, p. 156.

AUGER. — Au sujet des Sociétés à responsabilité limitée, de quelques points controversés. *Revue des Sociétés (R. S.)*, 1927, p. 128.

DESBOIS. — Les apports en nature dans les Sociétés à responsabilité limitée. *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, 1929, p. 302.

TABLE DES MATIERES

<i>Introduction</i>	5
---------------------------	---

CHAPITRE PRELIMINAIRE

Règles communes à tous les apports en société

SECTION I. — *Caractères distinctifs et formation du Contrat d'apport.*

I. — Formation du contrat d'apport	7
II. — Distinction du contrat d'apport et de certaines autres conventions	8
III. — La convention d'apport, contrat translatif de propriété SECTION II. — <i>De l'objet de la convention d'apport.</i>	9

I. — Condition que doit remplir l'objet du contrat d'apport	10
a) Inexistence ;	
b) Aliénabilité ;	
c) Apport de la chose d'autrui.	

II. — Effet sur la société de la nullité de la convention d'apport	14
SECTION III. — <i>Obligations de l'apporteur.</i>	

I. — Obligation de délivrance	15
a) Inexécution indépendante du fait de l'apporteur ;	
b) Inexécution due au fait de l'apporteur ;	
c) Etendue de l'obligation de délivrance.	

II. — Garantie d'éviction	16
a) Système de l'éviction dans la vente ;	
b) Application à la convention de société.	

III. — Garantie des vices cachés	21
--	----

CHAPITRE PREMIER

Les apports en numéraire

SECTION I. — *Principe de la libération immédiate des apports en numéraire.*

I. — Historique de l'inscription de ce principe dans la loi du 7 mars 1925	24
II. — Examen des critiques formulées à l'encontre de l'obligation de libération intégrale des apports de numéraire	26

SECTION II.

<i>Modalité de versements des apports en numéraire</i>	29
--	----

APPENDICE

<i>Interdiction d'ouvrir une souscription publique</i>	33
--	----

CHAPITRE II

Les apports en nature

SECTION I. — *Recherche d'un critérium de détermination des biens qui peuvent être apportés à une société à responsabilité limitée.*

I. — L'apport en industrie, nature, caractéristiques	36
II. — Examen des objections faites par la doctrine pour justifier l'interdiction de rémunérer par des parts de capital un apport en industrie fait à une société à responsabilité limitée ou à une société par actions ..	37
a) Soustraction de l'apporteur à toute contribution aux pertes ;	
b) Non libération immédiate ;	
c) L'apport en industrie ne correspond pas à une valeur tangible.	
III. — Raisons qui, à notre avis, font écarter la possibilité d'un apport en industrie à une société à responsabilité limitée	41
IV. — Règle de détermination des biens qui peuvent être apportés à une société à responsabilité limitée	44

V. — Applications	48
a) Apports de choses futures ;	
b) Apports en jouissance ;	
c) Apports successifs.	
SECTION II. — <i>Obligation de libération intégrale des apports en nature</i>	
I. — Apport d'un bien grevé de charges	52
II. — Apport d'un fonds de commerce non donné en nan- tissement. Déclarations de créances	63
SECTION III. — <i>De l'évaluation des apports en nature. Respon- sabilité solidaire des associés</i> (article 8 de la loi du 7 mars 1925).	
I. — Historique de la rédaction définitive de l'article 8..	68
II. — Etude de l'étendue et du fondement de la responsa- bilité de l'article 8	70
a) Examen de la responsabilité de droit commun pour évaluation exagérée ;	
b) Rappel des théories émises sur le fondement de la responsabilité de l'article 8 ;	
c) Notre théorie.	
III. — Conditions d'exercice de l'action en responsabilité ..	93
a) Faute ;	
b) Dommage ;	
c) Relation de cause à effet entre la faute et le dommage.	
IV. — Personnes responsables	94
V. — Répartition de la responsabilité	95
VI. — Prescription	96

CHAPITRE III

Sanctions civiles des divers vices pouvant infecter les apports faits à une société à responsabilité limitée

SECTION I. — *Absence ou nullité des apports effectués à une société à responsabilité limitée*

Rappel de la section préliminaire	99
---	----

SECTION II. — *Vices des apports spéciaux
à la société à responsabilité limitée.
Etude de la sanction de ces vices.*

I. — Rappel des textes	100
II. — Rappel des vices sanctionnés par les articles 9 et 10..	102
III. — Etude de la nullité instituée par l'article 9	113
a) Théories voyant dans la nullité des sociétés une nullité conventionnelle ;	
b) Théorie de M. Hémarcl ;	
c) Théorie de la nullité institutionnelle. Consé- quences.	
IV. — Caractéristiques communes des nullités pour défaut d'évaluation des apports dans l'acte et pour défaut de libération des parts	126
a) Personnes qui peuvent invoquer la nullité ;	
b) Exercice de l'action en nullité ;	
c) Effet commun des deux actions.	
V. — Effets propres à la nullité pour défaut d'évaluation des apports	129
VI. — Effets propres à la nullité pour défaut de libération ..	130
VII. — Disparition de ces nullités	131
VIII. — Prescription de l'action en nullité	136

SECTION III

Responsabilité civile résultant de la nullité.

I. — Nature de la responsabilité de l'article 10	138
II. — Personnes responsables	140
III. — Conditions de la responsabilité	143
IV. — Solidarité des personnes responsables	145
V. — Conditions d'exercice de l'action en responsabilité..	146
a) Faute ;	
b) Préjudice ;	
c) Relation de cause à effet entre la faute et le pré- judice.	
VI. — Prescription de l'action en responsabilité	149
a) Nullité couverte ;	
b) Nullité non couverte.	

APPENDICE

*Mentions relatives aux apports devant figurer
dans l'extrait prévu par l'article 14 de la loi
du 7 mars 1925*

I. — Rappel des prescriptions légales	150
II. — Conséquences du défaut d'insertion des mentions exigées par l'article 14	151

CHAPITRE IV

*Sanctions pénales de la fausse déclaration concernant
la libération des apports et l'attribution frauduleuse
d'une évaluation exagérée à un apport en nature.*

SECTION I

Sanctions pénales de l'article 37 de la loi du 7 mars 1925.

I. — Rappel de l'article 37	153
II. — Caractéristiques du délit de fausse déclaration	154
a) Élément matériel ;	
b) Élément moral.	
III. — Personnes punissables	155
IV. — Règles applicables aux délits de l'article 37	156
a) Prescription ;	
b) Tribunal compétent ;	
c) Tentative ;	
d) Peines.	

SECTION II

Sanction pénale de l'article 38 de la loi du 7 mars 1925

I. — Rappel de l'article 38	157
II. — Distinction du délit de l'article 38 et du délit d'escro- querie	158
a) Rappel des caractéristiques du délit d'escro- querie ;	
b) Utilité propre de l'article 38.	
III. — Éléments constitutifs du délit de l'article 38	167
a) Attribution à un apport d'une valeur supé- rieure à sa valeur réelle ;	
b) Emploi de manœuvres frauduleuses ;	
c) Intention frauduleuse.	

IV. — Règles pénales applicables au délit de l'article 38	169
a) Tentative ;	
b) Prescription ;	
c) Peines.	

CHAPITRE V

Des apports effectués en cours de société. Augmentation de capital des sociétés à responsabilité limitée.

SECTION I. — *De l'augmentation de capital.*

I. — Apports en espèces	174
II. — Apports en nature, responsabilité de l'article 8	175
III. — Vices des apports effectués en augmentation de capital. Conséquences de ces vices	181
a) Rappel des règles ;	
b) Responsabilité du fait de la nullité.	

SECTION II. — <i>Transformation en société à responsabilité limitée d'une société d'autre forme</i>	185
---	-----

CHAPITRE VI

Conditions auxquelles les divers incapables peuvent effectuer un apport à une société à responsabilité limitée.

SECTION I. — *Capacité requise des apporteurs à une société à responsabilité limitée*

I. — L'associé à responsabilité limitée est-il commerçant ?	192
II. — L'apport à une société à responsabilité limitée constitue-t-il un acte de commerce ?	193
III. — Conclusion	196
a) Souscription en espèces ;	
b) Apport en nature.	

SECTION II. — *Règles applicables aux diverses catégories d'incapables effectuant un apport en numéraire.*

I. — Mineur en tutelle et interdit	197
II. — Mineur émancipé	197

III. — Aliéné non interdit muni d'un administrateur provisoire	199
IV. — Prodiges et faibles d'esprit	199
V. — Mineur sous l'administration légale de son père	200

SECTION III. — *Règles applicables aux divers incapables effectuant un apport en nature*

I. — Mineur en tutelle	201
II. — Interdit	202
III. — Mineur émancipé	202
IV. — Aliénés non interdits munis d'un administrateur provisoire	204
V. — Prodiges et faibles d'esprit	205
VI. — Mineur sous l'administration légale de son père ..	205

SECTION IV

Deux questions sur la capacité des apporteurs.

I. — Des apports indivis	206
II. — Influence des responsabilités édictées par la loi du 7 mars 1925 sur la capacité nécessaire pour effectuer un apport à une société à responsabilité limitée ..	207

SECTION V. — *Apports de la femme mariée.*

I. — Rappel des thèses présentées par la doctrine	213
II. — Règles de capacité proprement dites	215
a) Règles générales ;	
b) Femme séparée de biens ;	
c) Femme dotale ;	
d) Femme possédant des biens réservés.	
III. — Règles tenant à l'exercice de la puissance maritale ..	218
<i>Conclusion</i>	221



BOSC FRÈRES, M. & L. RIOU

de ou IMPRIMEURS-ÉDITEURS de de

no 42, QUAI GAILLETON, 42 de

no de de de LYON de de de de



